تصدرها
نقابة
المحامين
بجمهورية
مصر
العربية

المحاماة



العددان الاول والثانى - يناير وفبراير ١٩٩٠ - السنة السبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

وَتَعَاوَنُواْ عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلاَتَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالعُدوَانِ

صدق الله العظيم

جريمة القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق

السيد الأستاذ / صلاح الدين جمال عبد الرحمن - المحامى

اثار الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

السيد الدكتور / عادل عمر شريف - المستشار المساعد بمجلس الدولة

خواطر فى مجال العدالة

السيد الدكتور / أحمد رفعت خفاجى - المحامى

المحاماة... كتب قيمة

للسيد الأستاذ / عبد الرزاق شبيب
المحامي بالعراق

الوسائل الحديثة لحسم المنازعات ذات العنصر الاجنبى

السيد الدكتور / هشام خالد - المحامى

كلمات من نور

قال صلى الله عليه وسلم :

على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره ، إلا أن يؤمر بمعصية ، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من كره من أميره شيئا فليصبر ، فإنه من خرج من السلطان شبرا مات ميتة الجاهلية .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إنكم ستحرصون على الإمارة ، وستكون ندامة يوم القيامة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

ما بعث الله من نبى ولا استخلف من خليفة إلا كانت له بطانتان ، بطانة تأمره بالمعروف وتحضه عليه ، وبطانة تأمره بالشر وتحضه عليه ، والمعصوم من عصم الله .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إذا أراد الله بالأمير خيرا جعل له وزير صدق ، إن نسى ذكَّره وإن ذكر أعانه ، وإذا أراد به غير ذلك جعل له وزير سوء إن نسى لم يذكِّره ، وإن ذكر لم يعنه .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

الكلمة الطيبة صدقة .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

من الماضى عظـــات وعبـــرات

فى زمن أصبحت فيه الوطنية تهمة توجب العقاب .. والدفاع عن الحريات جريمة تستأهل المساءلة والحساب .. والاستمساك بحق الدفاع المقدس خروج على كل صواب .. والتصدى للعدو الصهيونى نشاط يستوى مع التخريب والخراب .. فقد صار التزاما على الأحزاب والنقابات والمؤسسات - بل صارت فريضة على كل مواطن - بذل المزيد من النضال لفضح تلك الصورة المقلوبة وصولا إلى الكشف عن المتهمين الحقيقيين الذين انفصلوا عن الوطن .. بل صار لزاما علينا جميعا تصحيح مسار هذا الزمن ...!!

فبالأمس القريب كان الحاكم الراحل يطارد شعبه قمعا وعسفا وقهرا واستبدادا .. ولكن وقف الشرفاء من أبناء مصر - وفى مقدمتهم نقابة المحامين - وقفة صلبة فى مواجهة سياسات التفريط فى الحقوق .. وانتهاك الحريات .. والخضوع للصلافة الإسرائيلية .. وإخماد صوت الأحرار .. وتحديه إرادة المحامين .. وأسفر الصراع المرير عن سقوط الجلادين .. وبقى شعب مصر العملاق .. فقد علمنا التاريخ أنه مهما غابت شمس الحرية فلابد لها أن تشرق .. ومهما امتد الليل ودجاه فلابد للصباح أن يعود ..!!

إن الماضى هو جزء من تاريخنا فهل نملك منه فرارا .. وإذا كان الماضى جزءا من حركة حياتنا فكيف نعرض عنه ونوليه إدبارا .. وماذا بعد أن نسدل على الماضى أستارا ونقيم حوله متاريس وأسوارا .. فإن من حق مصر اليوم أن تحيل ظلام الأمس نورا ، وأن تحيل ليله نهارا ..!!

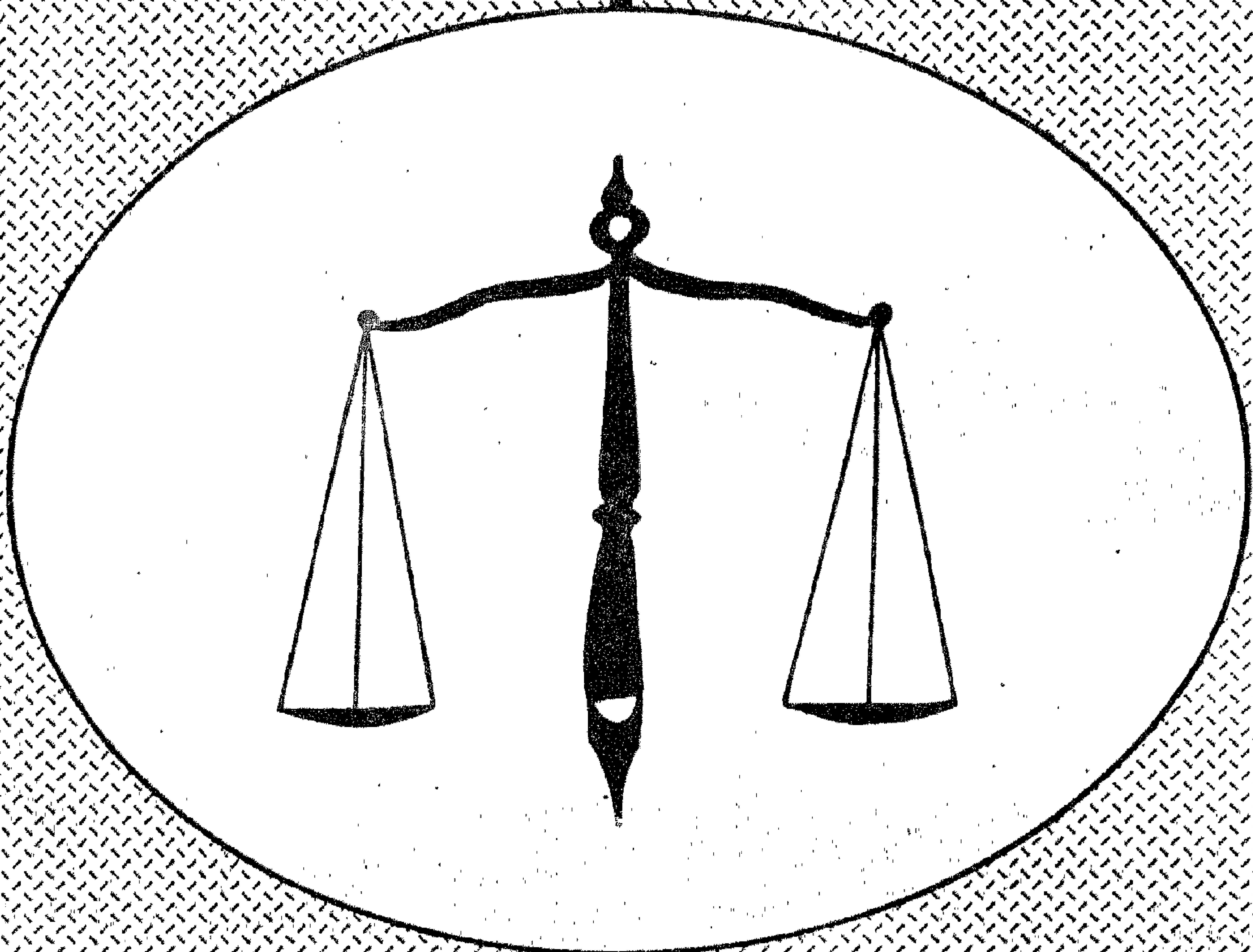
على الناس جميعا أن يدركوا أن نقابة المحامين كانت - ومازالت - براكين غضب تتحدى كل طاغية وجلاد .. عليهم أن يدرسوا الماضى ويقرأوا صفحاته ليستخلصوا منه العظة والعبرة ..!!

سكرتير التحرير
عصمت الهوارى
وكيل نقابة المحامين

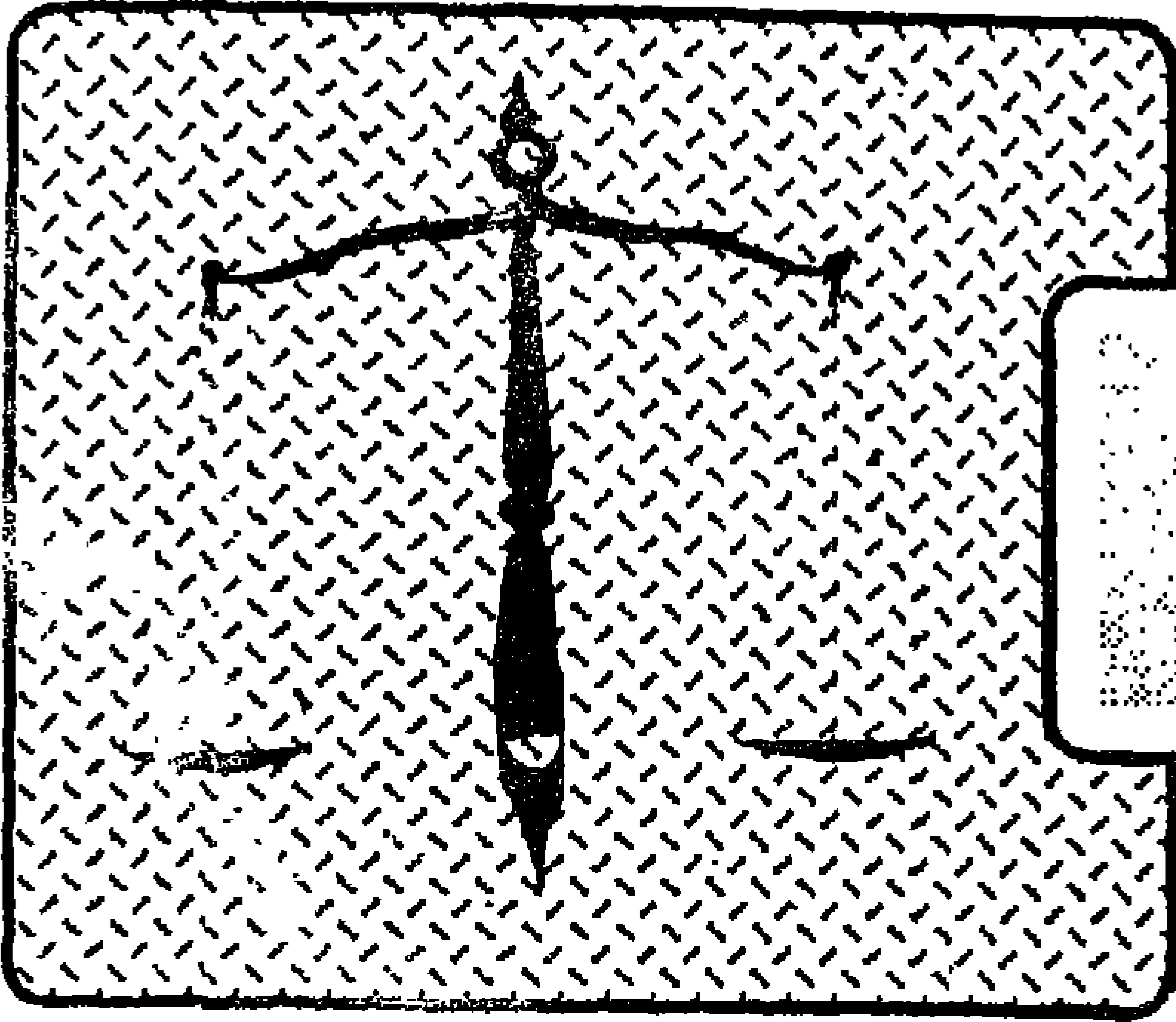
الحق غايتنا ، والعلم سبيلنا ، والجدل الحق أسلوبنا ، ولم يكن المنصب غاية ، ولا السب سبيلاً ، ولا الحقد أسلوباً .

الأستاذ الجليل النقيب

احمد الخواجه



من قضاء المحاكم



مبادىء النقض في المواد المدنية

- أ -

إثبات - إختصاص - إستئناف - إعلان - التماس إعادة النظر - امر أداء - أمر على عريضة.

إثبات

عبء الإثبات

عبء الاثبات .وقوعه على عاتق المدعى .

(دعوى المخاصمة رقم ٢٩٨٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ س ٢٩ ع ١ ص ٤٩٠)

١ - التزام المدعى بإقامة الدليل على ما يدعيه. صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثباته.

(الطعن رقم ١٦٦٤ لسنة ٥٠ ق. جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١/١٢ س ٢٨ ص ٢٣٢)

من يدعى ما يخالف الثابت أو على خلاف الظاهر، عليه عبء اثباته مدعيا كان أو مدعى عليه .

(الطعن رقم ٧٢٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١/٢٤ س ١٨ ص ١٩٠)

إجراءات الإثبات :

الاحالة الى التحقيق :

طلب إحالة الدعوى الى التحقيق أو ندب خبير فيها. لمحكمة الموضوع رفض إجابته متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها. عدول محكمة الموضوع عما امرت به من إجراء التحقيق . عدم التزامها ببيان أسبابه متى كانت قد امرت به من تلقاء نفسها .

(الطعن رقم ٢٢٢٤ لسنة ٥٤ ق. جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٤ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٠٥)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١١ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٧٧)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٣ س ٣٢ ص ١٢٣٨)

طلب إحالة الدعوى الى التحقيق. ليس حقا للخصوم يتحتم إجابتهم اليه . لمحكمة الموضوع رفضه متى رأت فى الأوراق ما يكفى لتكوين عقيدتها . عدم التزامها بالرد استقلالا على كل حجة للخصوم متى أقامت قضاءها على أسباب كافية لحمله .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)
(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥١ ق، ١٦٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)
(الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٤٨)

تخلف الخصم عن إحضار شاهده أو تكليفه بالحضور فى الجلسة المحددة وفى الجلسة التالية رغم الزامه بذلك من المحكمة. أثره . سقوط حقه فى الاستشهاد به . م ١/٧٦ اثبات . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ س ٣٣ ع ١ ص ٢١١)

التحقيق الذى يصلح لاتخاذه سندا للحكم. هو ما يجرى وفقا للاحكام التى رسمها قانون الاثبات . المادة ٦٨ وما بعدها . إقامة الحكم قضاءه على تقرير الخبير ورفضه تحقيق دفاع الطاعن عن تملك عين النزاع

بالتقادم. خطأ في القانون وقصور.

(الطعن رقم ١٥٠٨ لسنة ٥٤ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٢١)

٢ - إرجاء المحكمة سماع شهود النفي لجلسة اخرى غير التي سمعت فيها شهود الاثبات إذا حال دون سماعهم مانع. لا بطلان. لمحكمة الموضوع سلطة تقدير هذا المانع بغير معقب.

(الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

رفض المحكمة طلب الاحالة الى التحقيق لإثبات حصول التصرف الذى تجاوز قيمته عشرون جنيها - لاعتراض الخصوم على هذا الطلب. صحيح.

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

- تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها. استقلال محكمة الموضوع به طالما كان سائغا. لها أن تبحث ما يقدم لها من مستندات وتأخذ بما تراه.

(الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى والاطمئنان الى أقوال الشهود دون أن يكون ملزما ببيان أسباب هذا الاطمئنان ما دام لم يخرج بتلك الأقوال عما يؤدى اليه مدلولها.

(الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٥٧ ق (احوال شخصية)-جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

الدفع بالجهالة والانكار:

محكمة الموضوع. قضاؤها بعدم قبول الادعاء بالانكار وفي الموضوع معا غير جائز. علة ذلك.

(الطعن رقم ٢٠٩١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٦٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ س ٢٤ ع ١ ص ٣٣٣)

مناقشة موضوع المحرر. مؤداه. عدم قبول الطعن بالانكار. م ٣/١٤ إثبات. سريان ذلك على الدفع بجهالة توقيع المورث باعتباره من صور الطعن بالانكار.

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣ س ٢٩ ص ١٢٩٧)

عدم انكار المحجوج بصورة الورقة العرفية. مطابقتها لأصلها. أثره. اعتبارها حجة عليه في الاثبات. التفات الحكم عن الصورة الضوئية لوثيقة التأمين رغم عدم انكار المطعون ضدهم مطابقة الصورة لأصلها. خطأ في القانون وقصور.

(الطعن رقم ٢٢٠٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٢)

(الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٦ ق.جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩ س ٣١ ص ١٥٨٧)

النزول عن المحرر بعد إنكاره أو الطعن عليه بالجهالة. مؤداه. زوال اثره في اثبات ما يدل عليه. علة ذلك. اعتماد الخبير في تقريره الذى حمل عليه الحكم على عقد البيع لاثبات وضع يد المطعون ضده وتاريخه بعد أن كان قد تنازل عن التمسك به. خطأ في القانون وفساد في الاستدلال.

(الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

جواز طعن الوارث أو الخلف بإنكار توقيع مورثه أو من تلقى عنه الحق. مفاده. عدم حلفه يمينا. اثره. وجوب تحقيق الطعن بالإنكار. مادتين ١٤ و ٣٠ اثبات.

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٥٦ - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

إنكار التوقيع على الورقة العرفية. عدم التزام المحكمة بإجراء تحقيق صحته طالما لم يطلبه من يتمسك بالمحرر ووجدت في ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها فيها.

(الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

نفي الوارث علمه بأن التوقيع على الورقة العرفية لمورثه وحلفه اليمين على ذلك. أثره. زوال قوة الورقة مؤقتا في الاثبات حتى يقيم المتمسك بها الدليل على صحتها. عدم اقتناع المحكمة بصحة التوقيع. التزامها بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما. التفات المحكمة عن توجيه يمين عدم العلم إلى الوارث. خطأ في القانون وقصور.

(الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١١/٩ س ٢٧ ص ١٥٤٠)

طرق الاثبات :

الاثبات بالكتابة :

مبدا الثبوت بالكتابة :

مبدا الثبوت بالكتابة . جواز تكملته بشهادة الشهود أو القرائن اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة . شرطه . م ٦٢ اثبات .

(الطعن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ س ٣٢ ص ٦٥٧)

ليس لأحد المتعاقدين ولا الخلف العام اثبات ما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى الا بالكتابة. م ٦١ اثبات . الاستثناء . جواز الاثبات بجميع الطرق إذا كان افتعال الصورية بقصد غش أو احتيال على القانون .

(الطعن رقم ١٨٣١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١١/١٣ س ٢٧ ص ١٧٣٨)

المحررات الرسمية :

الورقة الرسمية . حجيتها . قصرها على البيانات التى قام بها الموظف العام فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره. مجال انكارها الطعن بالتزوير . البيانات التى يدونها الموظف تحت مسئولية ذوى الشأن . جواز اثبات ما يخالفها بكافة طرق الاثبات .

(الطعن رقم ٣٠٩٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/١٦ س ٢٨ ع ١ ص ٦٩٧)

حجية المحررات الرسمية بما دون فيها . الصورة الرسمية للمحررات . لها حجيتها سواء كانت تنفيذية أو غير تنفيذية . متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . سقوط هذه الحجية فى حالة الشك فى مظهرها الخارجى .

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

القرائن

القرائن القانونية

القرينة القانونية القائمة على افتراض خطأ أمين المخزن عند وقوع عجز فى عهدته التى تسلمها فعلا. م ٤٥ من لائحة المخازن والمشتريات. مناطها . ثبوت سيطرته الواقعية والكاملة على عهدته أثناء العمل وان تمكنه النظم السائدة من المحافظة عليها . تخلف ذلك . اثره انتفاء هذه القرينة فى حقه . مؤداه . وقوع عبء اثبات مسئولية أمين المخزن على عاتق الجهة الادارية .

(الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٣١)

القرائن القضائية :

استقلال قاضى الموضوع بتقدير القرائن وكفايتها . لا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه متى كان استنباطه سائغا .

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٧)

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ س ٣٣ ص ١٤٢)

الإقرار :

إقرار المدين بحق الدائن الذى من شأنه قطع التقادم. شرطه . الا يكون الحق المطالب به قد سقط بالتقادم قبل صدور هذا الاقرار. م ١/٣٨٤ مدنى.

(الطعن رقم ٢٠٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧ س ٢٩ ص ٢٠٤٦)

الإقرار. ما هيته - هو ما يرد على لسان الشخص تأييدا لادعائه من أقوال فيها مصلحة لخصمه . لا يُعد من قبيل الاقرار الملزم ما لم يقصد من ادلائه بها الزام نفسه بمقتضاه .

(الطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

الاقرار القضائى . تقدير قوته فى الاثبات فى دعوى أخرى غير التى صدر فيها . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٢٦٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

اليمين :

عدم جواز الطعن فى الاحكام الصادرة بناء على اليمين

الحاسمة . مناطه أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون .

(الطعن رقم ٢٣٧٥ لسنة ٥٤ ق . جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/٥ س ٢٥ ص ٤٦٤)

اليمين الحاسمة . جواز توجيهها فى اية حالة كانت عليها الدعوى . للمحكمة تعديل صيغة اليمين بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها . المواد ١١٤/أ، ١١٥/أ، ١٢٣ من قانون الاثبات .

(الطعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة . عدم جواز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن . شرطه . أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون .

(الطعن رقم ٢٤٠٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

مسائل عامة :

قاعدة عدم جواز الاثبات بالبينة . عدم تعلقها بالنظام العام . وجوب تمسك الخصم بذلك قبل سماع شهادة الشهود . مؤداه . اعتبار سكوته تنازلا عن حقه فى الاثبات بالطريق القانونى .

(الطعن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ س ٣١ ص ١٢٠١)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٢/١٩ س ٢٧ ص ٤٧١)

بطلان الورقة المثبت بها الحق أو تنازل الخصم عن التمسك بها . لا يعنى بطلان الاتفاق أو التنازل عن الحق الوارد بها . جواز اثباته بدليل آخر . تنازل الخصم عن التمسك بدليل فى الدعوى . لا يُعد تنازلا عن الأدلة الأخرى . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٥٠ لسنة ٥١ ق . جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

ترجيح شهادة الشهود من اطلاقات قاضى الموضوع . عدم التزامه ببيان سبب الترجيح . شرطه . عدم الخروج عما يؤدى اليه مدلولها .

(الطعن رقم ١٨٩٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

ثبوت صحة التوقيع على الورقة العرفية . اثره . جعل الورقة وما ورد فيها حجة على من وقعها سواء كان صلبها محررا بخطه أو بخط غيره . علة ذلك :

(الطعن ٢٢٨٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

٣ - أقوال أحد الطرفين . عدم جواز اتخاذها دليلا له على الطرف الآخر . مؤداه . أخذ الكم المطعون فيه من أقوال المطعون ضده لدى استجوابه أنه لم يقصد من انذاره التنازل عن الشرط الفاسخ . خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ٢١٦٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٥)

(نقض جلسة ٧٩/٣/١٣ س ١٩ ع ٣٠ ص ١ ص ٦٧١)

الإثبات بالدفاتر التجارية :

الاستدلال على التاجر بدفاتره . جوازى للمحكمة .م ١٧ تجارى .

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

(نقض جلسة ١٩٣٥/٥/١٦مجموعة الربع قرن جـ١ ص ٣٩ قاعدة ١٠٧)

إختصاص

الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية فى حدود نصابها الانتهائى . جواز إستئنافه . شرطه . وقوع بطلان فيه أو بطلان فى الاجراءات أثر فيه . م ٢٢١ مرافعات . تحديد الاختصاص النهائى للمحاكم . مناطه . التزامها قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام والا جاز استئنافه دون إشتراط وقوع بطلان فيه أو فى الاجراءات أثر فيه . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

للقضاء الحق فى تقرير مسئولية الادارة عن الضرر الذى يصيب الغير نتيجة إهمالها أو تقصيرها فى تنظيم المرفق العام أو الاشراف عليه .

(الطعن رقم ٢٣٣١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ س ١٦ ص ٦١٤)

القضاء بعدم الاختصاص والإحالة :

إحالة الدعوى للاختصاص. اثره. وجوب اعتداد المحكمة المحال اليها بما تم صحيحا من إجراءات قبل الإحالة ومتابعتها من حيث إنتهت.

(الطعن رقم ٢٣٣١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٢/١٧ س ٣٤ ص ٤٨٦)

الاختصاص الولائى :

إختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل فى طلبات التعويض. مناطه - رفعها بصفة اصلية أو تبعية عن قرار ادارى مما نص عليه فى البنود التسعة الأول من المادة ١٠ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢ او تعلق المنازعة بتصرف قانونى تعبر فيه جهة الادارة عن ارادتها كسلطة عامة بوسيلة من وسائل القانون العام. المنازعات المتعلقة بالاعمال المادية والافعال الضارة التى تأتيها الجهة الادارية. دون أن تكون تنفيذا مباشرا لقرارات ادارية أو التى ينسب الى موظفيها ارتكابها اثناء أو بسبب تأدية وظائفهم. اختصاص محاكم القضاء العادى وحده بنظرها. مثال. (بشأن طلبات التعويض التى ترفعها جهة الادارة على موظفيها عما يقع من عجز فى عهدهم)

(الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق. جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣)

إختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل فى طلبات التعويض. مناطه م ١٠ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢. المنازعات المتعلقة بالأعمال المادية والافعال الضارة التى تأتيها الجهة الادارية دون أن تكون تنفيذا مباشرا لقرارات ادارية أو التى ينسب الى موظفيها ارتكابها أثناء أو بسبب تأدية وظائفهم ومنها المنازعات المتعلقة بمسئوليتهم المدنية عما تنسبه لهم جهة الادارة من أعمال شخصية ضارة بها وما تراه مستحقا لها فى ذممهم من تعويض عما يقع من عجز فى عهدهم. إختصاص محاكم القضاء العادى وحده بنظرها. مؤدى ذلك اقتصار اختصاص محاكم مجلس الدولة على التحقق من توافر شروط الخصم من المرتب طبقا للقانون ١١١ لسنة ١٩٥١ دون المساس بأصل الحق. علة ذلك.

(الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

الاختصاص الولائى. اعتباره مطروحا على محكمة الموضوع. جواز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

الهيئة العامة للتأمين الصحى من أشخاص القانون العام. العاملون بها موظفون عموميون. علاقتهم بها تنظيمية. مؤداه. النزاع بشأن توقيع الهيئة جزاء إدارى على أحد موظفيها وعدم استحقاق مرتب مدة انقطاعه عن العمل. اختصاص القضاء الادارى بنظره. م ١٠ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

(الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٤٢ ق. جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

العقد الادارى. ما هيته. عقد اشتراك الهواتف الذى تبرمه الهيئة العامة المختصة. خضوعه لروابط القانون الخاص. علة ذلك. المنازعة المطروحة فى شأنه. منازعة مدنية. إختصاص جهة القضاء العادى بالفصل فيها.

(الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

تكييف الدعوى واعطاؤها وصفها - الحق - مناطه.

مخاصمة الجمعية الزراعية بطلب تغيير بيانات الحيازة الزراعية المدونة بسجلاتها. لا تعد من المنازعات الادارية التى تختص محاكم مجلس الدولة بالفصل فيها. علة ذلك.

(الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

الرسوم الاضافية التى تلتزم بها السفينة طبقا لحكم المادة ١٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٦٥. ما هيتها مجرد غرامة مدنية تنطوى على معنى التعويض. عدم اعتبارها عقوبة تكميلية فى جريمة الربان المنصوص عليها فى المادة ٢٠ من القانون المشار اليه. علة ذلك. إختصاص المحكمة المدنية بالحكم بها.

(الطعن رقم ٢١٢٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

إختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل فى طلبات

التعويض. مناطه. م ١٠ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢. المنازعات المتعلقة بالاعمال المادية والافعال الضارة التى تأتيها الجهة الادارية دون أن تكون تنفيذا مباشرا لقرارات إدارية أو التى ينسب الى موظفيها ارتكابها أثناء أو بسبب تأدية وظائفهم. إختصاص محاكم القضاء العادى وحدها بنظرها. اعمال الغصب التى تأتيها جهة الادارة. اعمال مادية. إختصاص محاكم القضاء العادى وحده بالفصل فى طلبات التعويض عنها. إنعدام حجية أحكام مجلس الدولة بشأنها امام القضاء المدنى. علة ذلك.

(الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

أملاك الدولة العامة. الترخيص بالانتفاع بها من الاعمال الادارية. لا ولاية للمحاكم العادية بشأنها.

(الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩ س ٣٢ ع ٢ ص ٢٤٨٥)

مؤسسة مصر للطيران فى ظل القانونين ١١١ و ١١٦ لسنة ٧٥. تحويلها الى شركة مساهمة. علاقة العاملين بها تعاقدية لا تنظيمية. أثره. اختصاص القضاء العادى بالمنازعات التى تثور بينهم وبينها. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٩٥٣ س ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

المحاكم المدنية. إختصاصها بالفصل فى كافة لمنازعات الا ما استثنى بنص خاص. قيام النزاع حول لمطالبة بكامل رسوم رسو وإرشاد السفينة طبقا لأحكام لقانون ٢٤ لسنة ١٩٨٣ الخاص برسوم الارشاد. خلو حكام هذا القانون من تحديد الجهة المختصة بالفصل فى لمنازعات الناشئة عن تطبيقه. اثره. اختصاص المحاكم لمدنية بنظرها دون الجهة الادارية. التزام الحكم لمطعون فيه هذا النظر دون أن يعرض لقرارى وزير لنقل البحرى والهيئة العامة لميناء بورسعيد الصادرين فى هذا الشأن. صحيح. علة ذلك.

(الطعن رقم ٢٧١٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

إختصاص اللجان القضائية للاصلاح الزراعى :

إختصاص اللجنة القضائية للاصلاح الزراعى. نطاقه. الفصل فى كل ما يعترض حق الاستيلاء من منازعات سواء من جهة الاصلاح الزراعى أو من المستولى لديهم أو كانت بين جهة الاصلاح الزراعى ومدعى ملكية الأرض المستولى عليها لتحديد ما يجب الاستيلاء عليه وأصحاب الحق فى التعويض.

(الطعن رقم ٢٣٠٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

اللجان القضائية للإصلاح الزراعى. إختصاصها بالفصل فى كل ما يعترض الاستيلاء من منازعات والتى تقوم بين جهة الاصلاح وبين المستولى لديهم أو بين الاصلاح وبين الغير ممن يدعى ملكيته للأرض المستولى عليها. خروج المنازعات التى تقوم بين الافراد وبعضهم عن نطاقه وانعقاد الاختصاص بنظرها لجهة القضاء العادى.

(الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١١/٢٧ س ٢٥ ص ١٢٩٦)

اللجنة المختصة بنقابة المحامين :

اللجنة المختصة بنقابة المحامين بتقدير أتعاب المحامى. مناط اختصاصها. عدم وجود اتفاق كتابى عليها. المادتان ٨٢، ٨٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ التمسك بعدم اختصاصها لوجود اتفاق مكتوب. دفاع جوهرى. عدم الرد عليه وبحث دلالة الاتفاق. قصور.

(الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٣١)

(الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥)

(الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/١/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٧ س ٢٨ ص ١٣٨٧)

إختصاص محكمة القيم :

الدفع بعدم الاختصاص الولائى. اعتباره مطروحا دائما على محكمة الموضوع ولو لم يدفع به امامها لتعلقه بالنظام العام. جواز التمسك به لأول مرة امام محكمة النقض. المنازعات المتعلقة بالحراسات التى فرضت قبل العمل بالقانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ والتى لم يقفل باب

المرافعة فيها قبل العمل بالقانون ١٤١ لسنة ١٩٨١ . اختصاص محكمة القيم بنظرها والفصل فيها . م ٦ ق ١٤١ لسنة ١٩٨١ .

(الطعن رقم ١٨٣٣ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٦/٥/ ١٩٨١ س ٣٢ ص ١٤٨٤)

(الاختصاص النوعي)

الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الجزئية بالمنازعات المتعلقة بالأراضي الزراعية مناطه . م ٣٩ مكرر المضافة بق ٦٧ لسنة ١٩٧٥ . الدعاوى الناشئة عن سبب آخر غير عقد الايجار . خروجها عن هذا الاختصاص .

(الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٧/٣/٣٠)

دعوى قسمة المال الشائع حصصا أو بيعه . إختصاص المحكمة الجزئية بنظرها . المواد ٤٣/٣، ٤٦٤ مرافعات، ٨٣٦ مدني.

(الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ س ١٣ ع ١ ص ١٠٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ س ٢٧ ع ١ ص ١٣٥٨)

الإختصاص القيمي :

عدم جواز استئناف احكام محاكم الدرجة الأولى لنهائيتها . شرطه .صدورها وفقا لقواعد الاختصاص القيمي المتعلقة بالنظام العام .صدورها بالمخالفة لتلك القواعد . عدم جواز التحدي بنهائيتها وبعدم جواز إستئنافها لغير حالات البطلان .

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

تقدير الحكم المطعون فيه صحيحا – قيمة دعوى الشفعة وفقا للمادة ٣٧/١ مرافعات بأقل من مائتين وخمسين جنيها لتعلقها بملكية ارض . تقدير قيمتها بسبعين مثل الضريبة الاصلية المربوطة عليها بما يجعل الدعوى من اختصاص المحكمة الجزئية. قضاء الحكم المطعون عليه بعدم جواز استئناف الحكم الصادر فيها من المحكمة الابتدائية باعتبار أن قيمتها تدخل في النصاب الانتهائي لتلك المحكمة. خطأ في القانون.

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

نظام التقاضي على درجتين. أصل من أصول التقاضي. تعلقه بالنظام العام. تحديد الاختصاص النهائي للمحاكم. مناطه .. أن تكون المحكمة قد التزمت القواعد التي رسمها القانون. خروجها على هذه القواعد . أثره . عدم اعتبار الحكم نهائيا . المواد ٤٧، ١٠٩ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢/٢٥٣ مرافعات. مثال .

(الطعن رقم ١٤٠٦ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

مبدأ التقاضي على درجتين من المبادىء الاساسية للنظام القضائي . عدم جواز مخالفته أو النزول عنه. الاختصاص القيمي من النظام العام. القضاء الصادر بإحالة الدعوى الى المحكمة الابتدائية لاختصاصها قيميا بنظرها . صيرورته انتهائيا حائزا قوة الأمر المقضي أثره. تقيد المحكمة المحال اليها الدعوى به ولو كان مخالفا للقانون. الحكم الصادر فيها . جواز إستئنافه.

(الطعن رقم ١٠٦٤ لسنة ٥١ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

الاختصاص القضائي الدولي :

اقامة المدعى عليه في بلد المحكمة الاجنبية ولو لم تدم اقامته فيها الا زمنا يسيرا. أثره. اختصاصها بنظر الدعوى طبقا للقانون الدولي الخاص .

(الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٥٦/١/٢ س ٧ ص ٧٤)

إستئناف

رفع الإستئناف :

الإستئناف. إعتباره مرفوعا بإيداع صحيفته الكتاب خلال الميعاد المقرر في القانون. م مرافعات.

(الطعن رقم ١٠٧٣ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ س ٣٣ ص ٣٦٠)

صحيفة الاستئناف. وجوب التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة الاستئناف. م ٢/٥٨ ق ١٧ لسنة ١٩٨٣. لا يشترط أن يكون المحامي الذي وقع عليها هو نفسه محررها.

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٦ ق «أحوال شخصية» – جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

ميعاد الاستئناف:

ميعاد المسافة. وجوب اعتباره مع ميعاد الاستئناف ميعادا واحدا يتكون منهما ميعاد الطعن. تعلق هذا الميعاد بالنظام العام. قضاء المحكمة من تلقاء نفسها بسقوط الحق في الاستئناف. عدم إضافتها ميعاد المسافة رغم وجوبه. خطأ في القانون. م ١٦ مرافعات. لا يغير من ذلك مجرد اتخاذ محل مختار.

(الطعن رقم ١٤٩٤ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٩ س ٣١ ص ٥٤٨)

ميعاد إستئناف الأحكام الصادرة في الطعون الضريبية المتعلقة بالضرائب على الدخل ولم تعلن قبل ١٩٨١/١٠/١١ – تاريخ العمل بقانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ – اربعون يوما تبدأ من ذلك التاريخ. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

جهل الخصم بوفاة خصمه عذر يترتب عليه وقف سريان الميعاد. عدم توجيه الطاعن إستئنافه الى الورثة – جملة – في الميعاد القانوني الذي من يبدأ من وقت علمه بالوفاة. اثره. سقوط الحق في الاستئناف. م ٢١٧ مرافعات.

(الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

الخصوم في الاستئناف:

الدعوى بصحة ونفاذ عقد بيع صادر من المورث. دفعها من بعض الورثة بأن التصرف في حقيقته وصية. نزاع غير قابل للتجزئة. علة ذلك. قبول الاستئناف شكلا دون اختصام أحد المحكوم عليهم الذي لم يطعن في الحكم المستأنف مع زملائه. اثره. بطلان الحكم لمخالفته قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام.

(الطعن رقم ١٤٦٥ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

(الطعنان رقما ٣٠٠و٤٠٩ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)
(نقض ١٩٦٨/١٢/٣٠ س ١٩ ص ٨٨١)

الاختصام في الطعن. الأصل أن يكون بذات الصفة التي كانت في الدعوى. الغاية منه. صدور الحكم الابتدائي لصالح الطاعن بصفته حارسا قضائيا. توجيه الاستئناف اليه دون ذكر هذه الصفة. افصاح صحيفة الاستئناف عن أن إختصامه كان بتلك الصفة وليس بصفته الشخصية. كفايته في تحقيق تلك الغاية.

(الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٥٢ ق. جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

الخصومة في الاستئناف. تحديد أطرافها بالحكم الصادر من محكمة أول درجة. رفض هذه المحكمة تدخل مشتري عقار النزاع بعقود مسجلة. قبوله خصما في الاستئناف رغم عدم إستئنافه ذلك الحكم. لا يؤثر على صحة الحكم الاستئنافي فيما قضى به من إلغاء حكم محكمة أول درجة بصحة ونفاذ عقدي بيع ذات العقار لمورث الطاعنين والقضاء بعدم قبول الدعوى. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

جواز الاستئناف:

الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في تحديد نصابها الانتهائي. جواز إستئنافه شرطه. وقوع بطلان فيه أو بطلان في الاجراءات أثر فيه. م ٢٢١ مرافعات تحديد الاختصاص النهائي للمحاكم. مناطه. التزامها قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام والا جاز إستئنافه دون إشتراط وقوع بطلان فيه أو في الاجراءات أثر فيه. علة ذلك.

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق «هيئة عامة» جلسه ١٩٨٨/٤/٢٧)

عدم جواز إستئناف احكام محاكم الدرجة الأولى لنهائيتها. شرطه. صدورها وفقا لقواعد الاختصاص القيمي المتعلقة بالنظام العام. صدورها بالمخالفة لتلك

القواعد. عدم جواز التحدى بنهائيتها وبعدم جواز إستئنافها لغير حالات البطلان.

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

نطاق الاستئناف:

إستئناف الحكم المنهى للخصومة. اثره. إستئناف جميع الأحكام السابق صدورها فى القضية سواء كانت قطعية أو متعلقة بإجراءات الاثبات ولو كانت صادرة لصالح المستأنف مؤدى ذلك. للخصم إثارة كل ما ابداه من دفوع وأوجه دفاع امام أول درجة. م ٢٢٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٧٩٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥)

قضاء محكمة أول درجة بقبول التدخل. قضاء محكمة الاستئناف بالغاء الحكم بقبول التدخل. وجوب فصلها فى موضوع الدعوى علة ذلك.

(الطعنان رقما ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١/٧)

الطلبات الجديدة فى الاستئناف:

عدم جواز ابداء طلبات جديدة فى الاستئناف الاستثناء م ٢٣٥ مرافعات (مثال).

(الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٧/١٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢٨ س ٣١ ع ١ ص ١٢٥٢)

تغيير سبب الدعوى والاضافة اليه فى الاستئناف.جائز طالما بقى موضوع الطلب الأصلى على حاله. م ٣/٢٣٥ مرافعات. مثال.

(الطعن رقم ١٦٨٩ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ س ٢٣ ص ٩١٩)

الطلب الجديد فى الاستئناف. ما هيته. الطلب الذى يختلف أو يزيد عن الطلب السابق ابداؤه امام محكمة أول درجة فى الموضوع أو الخصوم. م ١/٢٣٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٢٧ س ٣١ ص ١٥١٤)

الطلب الاحتياطى. اختلاف موضوعه عن موضوع الطلب الاصلى وعدم اندماجه فى مضمونه.اعتباره طلبا جديدا. عدم جواز ابدائه فى الاستئناف لأول مرة.مؤدى ذلك. لمحكمة الاستئناف أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبوله. م ١/٢٣٥ مرافعات.

(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق، ١٦٣ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١/١ س ٢٨ ص ١٣٩)

الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف. ما هيته م ٢٣٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

اثر الإستئناف:

الاستئناف. أثره. نقل موضوع النزاع إلى المحكمة الاستئنافية. وإعادة طرحه عليها باسانيده القانونية وادلته الواقعية.

(الطعن رقم ١٥٨٥ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١/١ س ٣١ ع ١ ص ١٢٥)

الاثر الناقل للاستئناف. مؤداه. اعتبار الدفوع واوجه الدفاع التى سبق للمستأنف عليه ابداؤها امام محكمة أول درجة مطروحة على محكمة الدرجة الثانية. لا حاجة لاعادة ترديدها أمامها طالما لم يتنازل عنها.

(الطعن رقم ٢٢٤٨ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١١ س ٣١ ص ٤٧٠)

الاستئناف. اثره. م ٢٣٣ مرافعات. التمسك لدى الاستئناف قبل الغير بتملك المبيع بالتقادم بعد أن رفضت محكمة أول درجة طلب صحة ونفاذ عقد البيع. اعتباره وجه دفاع وليس طلبا جديدا. علة ذلك.

(الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

إستئناف الحكم المنهى للخصومة. أثره اعتبار جميع الأحكام السابق صدورها فى القضية وما ابداه الخصم

دفوع وأوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى مطروحا أمام محكمة الاستئناف. م ٢٢٩ مرافعات.

(الطعون ارقام ١١٢، ١١٨، ١٢١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٢)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٦ س ٢٨ ص ٩٣٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١٣ س ٣٣ ص ١٠١)

الاثر الناقل للاستئناف. ما هيته. للمحكمة الاستئنافية تدارك ما يرد في الحكم المستانف من اخطاء والقضاء على موجب الوجه الصحيح.

(الطعن رقم ١٧٣١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٦)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ - س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

(نقض جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٧ جـ١ ص ٢٠٢ قاعدة ١١٩)

رفع الاستئناف. اثره. نقل موضوع النزاع بكافة عناصره الواقعية والقانونية إلى محكمة الدرجة الثالثة. طلب المستأنف الغاء الحكم الابتدائي ورفض دعوى التعويض. قضاء محكمة الاستئناف بانقاص التعويض يعد قضاء بما يجاوز الطلب.

(الطعن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٤ س ٣٢ ع ٢ ص ٢٤١٤)

الاستئناف. أثره الناقل. ليس للمحكمة الاستئنافية أن تتعرض للفصل في أمر غير مطروح عليها أو تسوىء مركز المستأنف بالاستئناف المرفوع منه. القضاء بالتعويض. وجوب أن يكون في حدود عناصره المطالب بها.

(الطعن رقم ٧٠٥ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٢/١٦ س ٣٤ ص ٤٨٢)

الاستئناف لا ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية لا بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط. فصل محكمة لاستئناف في امر غير مطروح عليها. غير جائز. مثال ي دعوى تعويض.

(الطعن رقم ٩٠ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ص ١١١٨)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/١٠ - الطعن ١١٠٥ لسنة ٥٤ ق)

الأثر الناقل للاستئناف. ما هيته:

(الطعن رقم ١١٦٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

إستئناف الحكم. أثره. انتقال الدعوى للمحكمة الاستئنافية بما سبق أن طرحه المحكوم عليه من أدلة وأوجه دفاع على محكمة أول درجة وبما قد يتوافر له من ادلة وأوجه دفاع جديدة.

(الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

الأثر الناقل للاستئناف. م ٢٣٢ مرافعات. المحكمة الاستئنافية ليس لها أن تتعرض للفصل في أمر غير مطروح عليها أو تسوىء مركز المستأنف بالاستئناف المقام منه.

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

الأثر الناقل للاستئناف. مؤداه اعتبار أوجه الدفاع السابق ابداؤها من المستأنف عليه أمام محكمة الدرجة الأولى مطروحة بقوة القانون بغير حاجة إلى إعادة ترديدها امامها ما لم يقم الدليل على التنازل عنها.

(الطعن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

تسبيب الحكم الاستئنافي

قضاء المحكمة الاستئنافية ببطلان الحكم المستأنف لعيب فيه أو في الاجراءات لا يمتد إلى صحيفة الدعوى. مؤداه. التزامها بالفصل في الدعوى. امتناع اعادتها الى محكمة أول درجة التي فصلت في موضوعها. علة ذلك. استنفاد هذه المحكمة ولايتها.

(الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

إعتبار الاستئناف كأن لم يكن. جوازي للمحكمة. لها رغم توافر شروطه عدم الحكم به. المادتان ٧٠، ٢٤٠ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٣٦٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٣٤)

القضاء ببطلان الحكم الابتدائي لبطلان اعلان المدعى عليه بصحيفة افتتاح الدعوى. اثره. وجوب وقوف المحكمة الاستئنافية عند تقرير البطلان، قضاؤها فى موضوع الدعوى.خطأ.

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٢ س ٣٢ ص ١٩٠٤)

جواز اعتبار الاستئناف كان لم يكن. المادتان ٧٠، ٢٤٠ مرافعات. مناطه. أن يكون ذلك راجعا الى فعل المستأنف. استقلال محكمة الموضوع بتقديره بغير معقب من محكمة النقض متى كان إستخلاصها سائغا.

(الطعن رقم ٩١٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤).

صدور الحكم مطابقا للثابت بالأوراق ومتفقا مع التطبيق القانونى الصحيح، النعى عليه. فى غير محله. اعتماد محكمة الاستئناف على التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة. لا خطأ.

(الطعن رقم ٦٩ ١٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

(نقض جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ س ٢٠ ص ٣٤٩)

لمحكمة الاستئناف أن تقيم قضاءها على ما تطمئن اليه من أقوال الشهود التى أطرحها الحكم الابتدائى دون ان تبين الأسباب المبررة. حسبها اقامة قضائها على ما يحمله.

(الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٥٧ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

إستئناف. حكم إيقاع البيع:

الطعن بالاستئناف فى حكم ايقاع البيع م ١/٤٥١ مرافعات.حالاته. ورودها على سبيل الحصر ومنها العيب فى إجراءات المزايدة. عيوب مرحلة تصفية المنازعات السابقة على مرحلة البيوع - وجوب التمسك بها أما بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع أو أمام القاضى قبل الجلسة المحددة للبيع حسب الأحوال.

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢ س ٣٠ ع ٢ ص ٣٤٩)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١/١١ س ١٩ ص ٤٦)

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٠ س ١٣ ص ٦٣٨)

إعلان

إثبات المحضر فى ورقة الاعلان توجيه الاعلان لجهة الادارة لغلق سكن المراد اعلانه وإخطاره بذلك. عدم جواز المجادلة فيه إلا بطريق الطعن بالتزوير. علة ذلك.

(الطعنان رقما ١٥٢٩،١٥٢٣ لسنة ٥٢ ق.جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٥ س ٢٩ ص ٦٠٩)

من يصح تسليمه الاعلان بأوراق المحضرين. م ٢/١٠ مرافعات. مؤداه. جواز تسليم الاعلان الى الوكيل والتابع عند تواجده بموطن المطلوب اعلانه ولو لم يكن مقيما معه.

(الطعن رقم ٢٣٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ س ١٧ ص ٣٢٤)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٧ س ٢٨ ص ١٨٨٨)

الغاء الخصم موطنه الأصلى أو المختار. أثره. وجوب اخطار خصمه. بهذا الالغاء والاصح إعلانه فيه. م ٢/١٢ مرافعات

(الطعن رقم ٣٢٨٧ لسنة ٥٤ - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢١ س ٣١ ص ١١٧٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩ س ٣١ ص ٩٦٥)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ س ٢٧ ص ٧٤٢)

الأصل فى اعلان اوراق المحضرين أن تسلم الى شخص المعلن اليه أو فى موطنه الأصلى. تسليمها فى الموطن المختار أو النيابة العامة. حالاته. المادتان ١٢، ٩/١٣، ١٠ مرافعات.

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٦ ق. جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

وجوب اعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلى دون موطنه المختار م ٣/٣١٢ مرافعات. عدم اعتباره استثناء من حكم المادة ٩/١٣

١٠ مرافعات . اثره .

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

إعلان غير المصرى الذى انتهت اقامته بمصر بصحف الدعاوى أو بالاحكام . وجوب تمامه عن طريق النيابة العامة . م ٣/١٧ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . التحرى عن موطن المراد اعلانه قبل الاعلان . غير لازم . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٦ ق. جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

وجوب تسليم الأوراق المطلوب اعلانها الى الشخص نفسه أو فى موطنه لمن يقرر أنه وكيله أو يعمل فى خدمته أو من الساكنين معه من الازواج والاقارب والاصهار . اغفال بيان العلاقة بينه وبين من تسلم صورة الاعلان أو أنه يقيم معه . اثره . بطلان ورقة الاعلان . علة ذلك . الاقامة بذاتها لا تكفى لتوافر الصفة الواجب اثباتها فى تسلم ورقة الاعلان. م ١٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٨٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ س ٣١ ع ١ ص ٣٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/١٤ س ٢٩ ع ١ ص ١٩١)

(نقض جلسة ١٩٧١/١/١٧ س ٢٢ ص ٦٨)

تعجيل الدعوى من الشطب . مناطه . إعلان الخصم بالجلسة الجديدة خلال ستين يوما . عدم كفاية ايداع صحيفة التعجيل قلم الكتاب خلال هذا الميعاد . م ٥، ٨٢ مرافعات . علة ذلك . سريان هذا الحكم أمام الاستئناف . م ٢٤٠ مرافعات . اعلان بعض المستأنف عليهم فى الميعاد - فى موضوع غير قابل للتجزئة دون أحدهم . لا يغنى عن اعلانه . قيام الاخير بتعجيل سير الاستئناف مع تمسكه فى الاعلان باعتبار الاستئناف كأن لم يكن . مؤداه . عدم سقوط حقه فى الدفع .

- (الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

جواز اعلان الخصم فى شخص وكيله متى اقترن اسم الوكيل باسم الموكل . اثر ذلك.سريان مواعيد الطعن على الأحكام فى حق الأصيل من تمام إعلانها فى شخص الوكيل بصفته . إعلان المطعون ضده الثانى بصفته وكيلا عن المطعون ضدها الأولى بالحكم الصادر عليها بذات الصفة. مؤداه . سقوط حقها فى الاستئناف بانقضاء الميعاد من تمام هذا الاعلان .

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

قيام المحضر بتسليم صورة الاعلان لجهة الادارة فى الحالات المحددة قانونا . لازمه . إخطار المعلن اليه بذلك بكتاب مسجل . يكفى إثبات المحضر توجيه هذا الكتاب بأصل الاعلان دون صورته المسلمة من قبل . م ١١ مرافعات.

(دعوى المخاصمة رقم ١٨٠٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

إعلان الهيئات والمؤسسات العامة :

اعلان الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها بصحف الدعاوى والطعون والأحكام . كيفيته . ق ٤٧ لسنة ١٩٧٣ ، خلو الأوراق مما يفيد ان مركز ادارة الشركة الطاعنة يغاير المقر الذى تم الاعلان فيه اثره . صحة الاعلان .

(الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨ س ٢٩ ص ١٧٨٥)

وجوب اعلان الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها بصحف الدعاوى والطعون والأحكام فى مركز ادارتها الرئيسى. م ٣ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٣. مناطه . مخالفة ذلك . اثره. بطلان الاعلان. زوال الحق فى التمسك بالبطلان . شرطه.

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٨)

اعلان المؤسسات والهيئات العامة والوحدات التابعة لها بصحف الدعاوى والطعون والاحكام . كيفيته. م ٣ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٣ . تخلف ذلك . اثره. بطلان الاعلان.

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٥٨ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨ س ٢٩ ع ٢ ص ١٧٨٥. الطعن ١٥٣٩ لسنة ٤٨ ق)

إعلان صحف الدعاوى والطعون والاحكام المتعلقة بالهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها .

وجوب حصوله في مركز ادارتها لرئيس مجلس الادارة . المادة ٣ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٣ في شأن الادارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها . حضور الخصم في جلسة اخرى خلاف الجلسة المبينة بالاعلان الباطل . لا يسقط حقه في التمسك بالبطلان. حضوره سواء من تلقاء نفسه او بناء على الاعلان الباطل في ذات الجلسة المحددة بالاعلان يزول به البطلان. تقديم الخصم مذكرة بدفاعه . اعتباره بمثابة الحضور بالجلسة . المواد ٢/٢٠ ، ٦٥ ، ٨٣ ، ١١٤ مرافعات .

(الطعن رقم ١٧١٣ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

الإعلان لإدارة قضايا الحكومة :

إعلان صحف الدعاوى والطعون والأحكام بتسليم الصورة لادارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم للأشخاص المبينين في البند الأول من المادة ١٣ مرافعات . ما عدا ذلك من أوراق كالانذارات ومحاضر الحجز . تعلن اليهم في مقارهم .

(الطعن رقم ١٦٨٨ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

البطلان المترتب على عدم الاعلان . نسبى . عدم جواز التمسك به إلا لمن تقرر لمصلحته ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة .

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٢ س ٢٧ ع ١ ص ١٢٦٦)

البطلان المترتب على عدم إعادة الاعلان . مقرر لمصلحة الخصم الذى لم يتم الاجراء بالنسبة له . مؤدى ذلك .

(الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

التماس إعادة النظر

الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه . من وجوه التماس اعادة النظر . اثره . م ٢٤١ مرافعات .

(الطعنان رقما ٢٠٧٦ لسنة ٥٣ ق و ٧٦٥ لسنة ٥٤ ق-جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٥/٢٧ س ٢٧ ص ١٢١١)

التناقض المبطل للحكم . ما هيته التناقض في المنطوق. وجه لالتماس اعادة النظر.

(الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٠ س ٣٢ ص ١٤١٤)

الغش كسبب لإلتماس اعادة النظر . ما هيته . ما كان مباح الاطلاع عليه من اعمال الخصم أو في مركز يسمح بمراقبته أو كشفه . لا يعتبر وجها للالتماس . م ٤٢١ مرافعات . ثبوت أن محضر ايداع الثمن في دعوى الشفعة كان على ذمة قضية اخرى . لا يصلح سببا للالتماس اعادة النظر .

(الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٥ س ٣٢ ص ١٥٩١)

قبول الطعن بالنقض في حالة الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه . شرطه أن يبين من الحكم ادراكها انها تقضى بما لم يطلبه الخصوم . الطعن على الحكم في حالة تجاوز طلبات الخصوم دون قصد. سبيله التماس اعادة النظر. م ٢٤١ مرافعات .

(الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه. سبيل الطعن فيه . التماس إعادة النظر . م ٥/٥٤١ مرافعات-الطعن فيه بطريق النقض . شرطه . مثال .

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

أمر آداء

سلوك طريق استصدار أمر الأداء . شرطه . م ٢٠١ مرافعات-المطالبة بدين لا تتوافر فيه شروط أمر الاداء. سبيله . رفع دعوى بالطريق العادى .

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(نقض ١٩٧٧/١/٣١ س ٢٨ ص ٣١)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٦ س ٢٨ ص ٩٣٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٣ س ٢٩ ص ٥٩٢)

أمر على عريضة

الأوامر على عرائض. جواز اصدارها في غير الحالات المنصوص عليها متى توافرت شروطها. م ١٩٤ مرافعات. علة ذلك.

(الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

الأوامر الصادرة بتقييد الحريات او التنقل أو المنع من السفر. وجوب تنظيمها بقانون يصدر من السلطة التشريعية دون غيرها وليس من سلطة أخرى أو بأداة ادنى. علة ذلك. الأمر الصادر من القاضي بمنع الطاعن من السفر دون أن يكون هناك قانون ينظم ذلك. مخالف للقانون.

(الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

ب - و - ت

بطلان

بطلان التصرفات:

طلب إبطال بيع ملك الغير. جائز للمشتري دون البائع. المالك الحقيقي يكفيه التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه إن كان العقد قد سجل. حقه في حالة عدم تسجيله في طلب طرد المشتري من العقار. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ س ٣٠ ع ١ ص ٣٦٣)

بطلان الاجراءات:

البطلان المترتب على عدم الاعلان. نسبي. عدم جواز التمسك به الا لمن تقرر لمصلحته ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة.

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٢ س ٢٧ ص ١٢٦٦)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن العيب الذي يعزوه للحكم المطعون فيه وموضعه واثره في قضائه. بطلان الطعن.

(الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/١١ - س ٣٣ ع ١ ص ٣٠١)

بطلان الأحكام:

دعوى بطلان حكم المحكمين. ما هيتها. م ٥١٢ مرافعات. الالتجاء اليها. جوازي. البطلان الذي شرعت من أجله-عدم تعلقه بالنظام العام.

(الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١/٦ س ٢٧ ص ١٣٨)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ س ٢٣ ع ١ ص ٦٨)

حكم المحكمين - بياناته. ليس من بينها صدوره بإسم الشعب. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٥/١٥ س ٢٥ ص ٨٥٩)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ س ٢٦ ص ٧٠٦)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢ س ٢٧ ص ٥٣٣)

قضاء المحكمة الاستئنافية ببطلان الحكم المستأنف لعيب فيه أو في الاجراءات لا يمتد الى صحيفة الدعوى. مؤداه. التزامها بالفصل في الدعوى. امتناع اعادتها الى محكمة أول درجة التي فصلت في موضوعها. علة ذلك. استنفاذ هذه المحكمة ولايتها.

(الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

نسخة الحكم الأصلية. كفاية توقيع رئيس هيئة المحكمة عليها دون الاعضاء. م ١٧٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

البطلان المتعلق بالنظام العام. لمحكمة النقض القضاء

به من تلقاء نفسها. م ٣/٢٥٣ مرافعات.

(الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٦٩/٣/١١ س ٢٠ ع ١ ص ٤١٢)

بطلان الاجراءات المبنى على انعدام صفة احد الخصوم فى الدعوى. لا يتعلق بالنظام العام. عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٢٤٨٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

انعقاد الخصومة فى الاستئناف. شرطه-ايداع صحيفة الاستئناف واعلانها للمستأنف ضده. تخلف ذلك. اثره. بطلان الاستئناف علة ذلك. الخصومة لا تنعقد الا بين الأحياء والا كانت معدومة لا ترتب اثراً. م ٢٣٠ مرافعات. مثال.

(الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

قضاء محكمة الطعن ببطلان اعلان صحيفة الدعوى والحكم المبنى عليها. اثره. وجوب وقوفها عند حد القضاء بالبطلان. قضاؤها فى الموضوع. خطأ. علة ذلك.

(الطعن رقم ٤٤ لسنة ٥٥ ق «احوال شخصية» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

عدم قابلية النزاع للتجزئة. مقصوده. ما كان الفصل فيه لا يحتمل غير حل واحد. اثره. بسط الحكم على كافة الخصوم الحقيقيين فى النزاع.

(الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/١٨ - الطعن رقم ٢٦ لسنة ٤٧ ق)

صدور الحكم فى موضوع غير قابل للتجزئة. للخصم الذى فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المقام من غيره منضما اليه. القعود عن ذلك يوجب على المحكمة الأمر باختصامه. تعلق ذلك بالنظام العام. ٢١٨ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٢٥٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٣ س ٣٢ ص ٢٠٨٠)

موضوع دعوى تثبيت الملكية. مما يقبل التجزئه. ليس بلازم أن يشمل الاستئناف كل من كان خصما امام محكمة الدرجة الأولى - الاستثناء. من اوجب القانون اختصامه فى الدعوى.

(الطعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤ س ٣٠ ص ٦٠٠)

نسبية اثر الطعن. مؤداها. الا يفيد منه الا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه. الاستثناء. الطعن فى الأحكام الصادرة فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام اشخاص معينين. م ٢١٨ مرافعات. علة ذلك.

(الطعنان رقما ١٨٣٤ و ١٨٥٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

المحكوم عليه الذى فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم الصادر فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها إختصام اشخاص معينين. له أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المقام من احد زملائه. قعوده عن ذلك. التزام محكمة الاستئناف دون محكمة النقض بتكليف الطاعن باختصام باقى المحكوم عليهم. علة ذلك. إمتناعه عن تنفيذ أمر المحكمة. اثره. عدم قبول الطعن. تعلق ذلك بالنظام العام.

(الطعنان رقم ١٨٣٤ و ١٨٥٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

دعوى التزوير الأصلية. ليس لمحكمة الموضوع بحث التزوير المدعى به فيها الا إذا كانت الدعوى مقبولة.

(الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

عدم جواز الحكم بصحة الورقة أو تزويرها وفى موضوع الدعوى معا. م ٤٤ إثبات. صدور الحكم من محكمة ثانى درجة. وجوب التقيد بهذه القاعدة سواء كان الحكم بالتأييد أو الالغاء-علة ذلك.

(الطعن رقم ١٤٥٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ س ٢٨ ع ١ ص ١٢٢٥)

حجية الورقة العرفية مستمدة من شهادة التوقيع بالامضاء أو ببصمة الختم أو بصمة الاصبع م ١٤ اثبات. توقيعها بأكثر من توقيع مما سلف. ثبوت تزوير بصمة

الأصبع لا يعنى عدم صحة بصمة الختم. القضاء برد وبطلان الورقة دون تحقيق مما تمسك به الطاعن من صحة بصمة الختم. قصوره لا يغير من ذلك أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى أن تحكم برد وبطلان أى محرر.

(الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

عدم جواز الحكم بصحة الورقة أو بتزويرها وفى الموضوع معا. ولو كان الحكم من محكمة ثانى درجة بالتأييد أو الالغاء م ٤٤ اثبات. علة ذلك. مخالفة الحكم المطعون فيه لهذه القاعدة خطأ فى تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٢٦٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ س ٢٨ ص ١٢٢٥)

الحكم برد وبطلان الورقة العرفية المقدمة سندا فى دعوى لا يعنى بطلان التصرف ذاته وإنما بطلان الورقة المثبتة له ولا يحول دون اثبات حصوله بأى دليل آخر مقبول قانونا م ٤٤ اثبات.

(الطعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٥/١١/١٨ س ١٦ ع ٣ ص ١١٠٥)

جواز القضاء بعدم قبول الادعاء بالتزوير لأنه غير منتج وفى الموضوع معا م ٤٤ اثبات.

(الطعن رقم ٢٥٢١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

- (نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ س ٣٢ ع ١ ص ١٠٠٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/١٩ س ٣٢ ع ٢ ص ١١٣٤)

عدم جواز الحكم بصحة الورقة او تزويرها وفى الموضوع معا. م ٤٤ اثبات. علة ذلك.

(الطعن رقم ١١٦٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ س ٣٢ ع ١ ص ١٠٠٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ س ٣٣ ع ٢ ص ١١٦٣)

محضر الجلسة. ورقة رسمية. عدم جواز انكار ما ثبت فيه إلا بالطعن عليه بالتزوير.

(الطعون ارقام ٧٩٣،٦٥٢،٣٠٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٣٠ س ٢٨ ص ١٠٠٠)

تنفيذ

المنازعة الموضوعية فى التنفيذ والمنازعة الوقتية فيه. ما هية كل منهما. الأحكام الصادرة فى الأولى. إستئنافها امام محكمة الاستئناف بحسب قيمة النزاع. الاحكام الصادرة فى الثانية. استئنافها فى جميع الحالات امام المحكمة الابتدائية م ٢٧٧ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٢٢١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٤)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/١٣ س ٢٩ ص ١٠٠٥)

أمر الحجز التحفظى الصادر من قاضى الاداء او قاضى التنفيذ. وجوب طلب الحكم بثبوت الحق وصحة الحجز خلال الميعاد والا اعتبر الحجز كأن لم يكن. المادتان ٢١٠، ٢٢٠ مرافعات.

وجوب رفع دعوى ثبوت الحق بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى. اثر مخالفة ذلك عدم القبول. اعتبار طلب أمر الاداء بديلا لصحيفة الدعوى. شرطه توافر شروط استصدار أمر الاداء فى الدين.

(الطعن رقم ٨٦٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٤ س ٢٩ ع ١ ص ١٤٦٢)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٧ س ٣٠ ع ١ ص ٧٣٦)

الحق المراد اقتضاؤه بالتنفيذ الجبرى. شروطه. وجوب أن يكون السند التنفيذى دالا بذاته على توافرها.

(الطعن رقم ٢٠٣٢ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

تنفيذ عقارى

تسجيل تنبيه نزع الملكية. حد فاصل بين التصرفات التى تنفذ فى حق الدائنين وتلك التى لا تنفذ فى حقهم.

التصرف اللاحق لتسجيل تنبيه نزع الملكية. صحيح بين طرفيه وإن كان للدائنين طلب عدم نفاذه فى حقهم. م ٤٠٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

أسباب وقف الاجراءات أمام قاضى البيوع. وجوبية

او جوازية تخضع لسلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ س ١٥ ع ٣ ص ١١٠٦)

الطعن بالاستئناف فى حكم ايقاع البيع. م ١/٤٥١ مرافعات. حالاته. ورودها على سبيل الحصر ومنها العيب فى إجراءات المزايدة. عيوب مرحلة وتصفية المنازعات السابقة على مرحلة البيوع. وجوب التمسك بها إما بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع أو امام القاضى قبل الجلسة المحددة للبيع حسب الاحوال.

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥١ قضائية جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ع ٣ ص ٣٤٩)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١/١١ س ١٩ ع ١ ص ٤٦)

(نقض جلسة ١٩٦٢/٥/١٠ س ١٣ ع ٢ ص ٦٣٨)

العبرة فى نفاذ التصرف من المدين أو عدم نفاذه فى حق الحاجزين عموما والراسى عليه المزاد هى بشهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. لايكفى ثبوت التاريخ قبل تسجيل التنبيه م ٤٠٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٥٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ س ١٨ ص ١٨٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ س ٢٥ ص ٧٨٤)

حراســة

الحراسة القضائية :

المطالبة القضائية القاطعة للتقادم. شرطها. أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق المراد استرداده. صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما. قاطعة للتقادم فى خصوص هذا الحق وحده وما التحق به من توابعه. دعوى الحراسة القضائية. لا اثر لها فى قطع التقادم المكسب.

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٢٢ س ٣١ ص ١٤٦٧)

سلطة الحارس القضائى. نطاقها. الدعاوى المتعلقة باعمال حفظ المال الموضوع تحت الحراسة. وجوب رفعها من الحارس أو عليه. له منفردا اقامة دعوى استرداد المال من يد غاصبه ولو لم يكن هو الحارس الوحيد على المال.

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

ريع الاعيان المعهود للحارس القضائى بادارتها العبرة فى محاسبته عنه، بما تسلمه فعلا من ريع وبما انفقه من مصروفات ولو عن مدة سابقة على تسلمه لتلك الأعيان. ٢/٧٣٧ مدنى.

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

الحراسة القضائية. الحكم الصادر فيها. ماهيته. لا يجوز للحارس انتزاع الاعيان الموضوعة تحت الحراسة التى يضع اليد عليها الشريك على الشيوع بسند قانونى من قبل فرض الحراسة. لا اثر للحراسة على حق هذا الشريك فى التصرف او الانتفاع بهذه الحصة فيما يتعارض مع سلطة الحارس.

(الطعن رقم ١٠١٤ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

(نقض جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠ مجموعة الربع قرن جـ١ ص ٥٢٠ قاعدة ٢٥

(نقض جلسة ١٩٥٥/٢/١٠ المرجع السابق ص ٥١٩ قاعدة ٢٩

دعوى الحراسة مسئولية الحارس عن مخالفة الواجبات المفروضة عليه. سقوطها بالتقادم العادى وليس بالتقادم الثلاثى. علة ذلك. التقادم الثلاثى م ٧٢ مدنى. تقادم استثنائى. اقتصاره على دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع.

(الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ع ٢ ص ١٩٥٢)

استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر والخطر المبرر لفرض الحراسة من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله.

(الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

حراسة ادارية :

انتهاء الحراسة على اصحاب الأموال . اثره . التزامهم بتنفيذ كافة الاعمال القانونية التى التزم بها الحارس قبل الغير متى كانت تدخل فى سلطاته .

(الطعن رقم ١٩٤٩ لسنة ٥٠ ق. جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

الطعن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ القضائية. جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥)

جواز فرض الحراسة على أموال وممتلكات الأشخاص الذين يأتون اعمالا بغرض ايقاف العمل بالمنشآت او الاضرار بمصالح العمال او تتعارض مع المصالح القومية للدولة . م ٣ ق ١١٩ لسنة ١٩٦٤ .

(الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق– جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

الحراسة الادارية. ما هيتها. الحارس نائب عن صاحب الشأن بحكم القانون .

(القانون رقم ١٧٦٢ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ع ٢ ص ١٩٥٢)

حكم

بيانات الحكم :

وجوب اشتمال الحكم على اسماء القضاة الذين اصدروه . جزاء مخالفته البطلان. م ١٧٨ مرافعات . المقصود به القضاة الذين فصلوا فى الدعوى لا الذين حضروا تلاوة الحكم . كفاية بيان اسماء القضاة الذين اصدروه . اغفال اثبات أن القاضى الذى حضر تلاوة الحكم لم يشترك فى المداولة ولم يوقع على المسودة . لا بطلان .

(الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

النقص أو الخطأ فى اسماء الخصوم وصفاتهم الذى يكون من شأنه التشكيك فى حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة. لا بطلان. مثال : فى شأن الخطأ فى بعض اسما الخصوم فى ديباجة الحكم)

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٤ س ٣١ ص ٣٩٨)

البيانات الواجب تضمينها الحكم. تأريخه بالتارخ الهجرى دون الميلادى أو اغفال التاريخ كله. لا بطلان. م ١٧٨ مرافعات.

(الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٥/١)

النقص أو الخطأ فى اسماء الخصوم وصفاتهم الذى ليس من شأنه التجهيل بشخص المحكوم له أو المحكوم عليه . عدم ترتيب بطلان الحكم جزاء عليه م ١٧٨ مرافعات .

(الطعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٦)

بيانات الحكم الجوهرية . ما هيتها . اغفالها . اثره . بطلان الحكم . م ١٧٨ مرافعات . اغفال الحكم المطعون فيه ايراد دفاع الطاعنة غير الجوهرى باسبابه الواقعية. لا عيب .

(الطعن رقم ٢٠١٥ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٤ س ٣١ ص ٧١٩)

اغفال ذكر اسم عضو النيابة الذى ابدى الرأى فى القضية. ليس من البيانات الأساسية التى يترتب على اغفالها بطلان الحكم .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٦ ق «أحوال شخصية» – جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

وجوب تضمين الحكم اسماء الخصوم وصفاتهم. مؤداه التعريف بأشخاص وصفات من تتردد بينهم الخصومة فى الدعوى تعريفا نافيا للجهالة أو اللبس . مخالفة ذلك . أثره. البطلان. م ١٧٨ مرافعات.

(الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٨ س ٢٧ ع ٢ ص ١٧٢١)

اصدار الحكم :

(١) احكام المحكمة الابتدائية . وجوب صدورها من ثلاثة قضاة. م ٩ ق السلطة القضائية . لا يجوز أن يشترك فى المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة مخالفة ذلك. اثره. بطلان الحكم. م ١٦٦ ، ١٦٧، ١٧٥ مرافعات .

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٤/١٨)

(٢) المداولة بين القضاة الذين اصدروا الحكم. مناطها. توقيعهم على مسودته·اثبات التشكيل الثلاثى للهيئة التى اصدرت الحكم ووقعت على مسودته بمحضر الجلسة التى حجزت فيها الدعوى للحكم. كفايته لاثبات ان الاجراءات قد روعيت تضمين محاضر الجلسات وديباجة الحكم حضور مهندس رغم أن الدعوى ليست من الطعون المتطلب حضوره فيها. لا يفيد اشتراكه فى إصدار الحكم ولا يخل بالتشكيل المتطلب قانونا لاصداره.

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

قارن (نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٣٣ ص ٧٢٦)

الاسباب المتعلقة بالنظام العام - جواز اثارتها من الخصوم او النيابة او من محكمة النقض من تلقاء نفسها ولو لم يسبق التمسك بها امام محكمة الموضوع او فى صحيفة الطعن. شرطه. سابقة طرح عناصرها على محكمة الموضوع وان تكون قد وردت على الجزء المطعون فيه من الحكم. مثال بشان عدم اشتمال نسخة الحكم الاصلية على اسم رئيس الدائرة واسمى عضوى الدائرة اللذين اشتركا معه فى اصداره.

(الطعن رقم ١٤٥٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

وجوب توقيع جميع اعضاء الهيئة التى اصدرت الحكم على مسودته المشتملة على اسبابه وإلا كان الحكم باطلا. م ١٧٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٦/١٦ س ٣٣ ع ٢ ص ٦٧٤١)

وجوب تضمين الحكم اسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته. اغفال هذا البيان. أثره. البطلان. م ١٧٨ مرافعات. محضر الجلسة يعتبر مكملا للحكم فى خصوص ما يعترى هذا البيان من لبس أو خطأ مادى.

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

العبرة فى الحكم هى بنسخته الاصلية. مسودة الحكم - مجرد ورقة لتحضيره.

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تخلف احد القضاة ممن اصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به، خلو الحكم من اثبات أنه وقع على مسودته وحلول غيره محله. اثره. بطلان الحكم المواد ١٦٧، ١٧٠، ١٧٨ مرافعات.

(الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١/١ س ٣١ ص ٧٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ س ٣١ ص ٥١٤)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ س ٣١ ص ٢١٦٩)

(١) وجوب المداولة بين جميع قضاة الهيئة الذين سمعوا المرافعة وتوقيعهم دون غيرهم على مسودة الحكم. اثر مخالفة ذلك. بطلان الحكم.

(الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/١٤ س ٣٠ ع ١ ص ٥٢٧)

(٢) الاشتراك فى المداولة، مناطه. التوقيع على مسودة الحكم.

(الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

(٣) الاحكام. العبرة فيها بالنسخة الاصلية التى يحررها الكاتب ويوقع عليها رئيس الجلسة. علة ذلك. مسودة الحكم،ورقة لتحضيره.

(الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

تسبيب الحكم:

موضوع الدعوى وطلبات الخصوم والادلة الواقعية والحجج القانونية:

وجوب اشتمال الحكم على الحجج الواقعية والقانونية التى قام عليها م ١٧٨ مرافعات. علة ذلك.

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٨ س ٣٠ ع ١ ص ٥٤١)

قضاء الحكم بعدم قبول الدعوى لأسباب تتعلق بموضوعها هو فصل فى الموضوع.

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٢٣ س ٣١ ع ١ ص ٥١٨)

الدفاع الجوهرى:

الطلب أو الدفاع الذى تلتزم المحكمة بإجابته او الرد عليه. ما هيته قيامه على اساس قانونى صحيح وأن يقدم اليها فى صيغة صريحة جازمة.

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/١ س ٢٩ع ١ ص ١٣٩١)

الدفاع الذى تلتزم المحكمة بالرد عليه. ما هيته. الدفاع الجوهرى الذى يترتب على الأخذ به تغير وجه الرأى فى الدعوى.

(الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٦ س ٣٣ ع ١ ص ٤٩٣)

الطلب أو الدفاع الذى يتعين على محكمة الموضوع أن تجيب عليه فى أسباب حكمها. ما هيته.

(الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض ١٩٨٠/١١/٢٥ س ٣١ ص ١٩٥٧)

اغفال الحكم الرد على دفاع جوهرى ابداه الخصم. صور. اثره. بطلان الحكم.

(الطعن رقم ١٨٥١ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

الدفاع الذى تلتزم المحكمة بالرد عليه. وجوب أن كون صريحا جازما كاشفا عن المقصود منه.

(الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

اغفال الرد على دفاع الطاعن الذى لا يستند الى أساس انونى صحيح وليس من شأنه أن يتغير به وجه الرأى. لا قصور.

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

إغفال الحكم بحث دفاع جوهرى للخصم. قصور مبطل.

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. عدم رد الحكم عليه. قصور مبطل.

(الطعن رقم ٩١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

إغفال الحكم بحث دفاع جوهرى. قصور فى أسبابه الواقعية. اثره. بطلان الحكم.

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى-اغفال الرد عليه. قصور. مثال.

(الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

تسبيب الحكم الاستئنافى:

تنافر ما انتهت اليه المحكمة الاستئنافية من وقائع مع نتيجة ما استخلصته منها المحكمة الابتدائية استخلاصا ظاهر القبول دون الرد على اسباب الحكم الابتدائى- مؤداه قصور مبطل.

(الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣)

قضاء محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائى. لها أن تحيل على ما جاء فيه من أسباب اقيم عليها. شرطه.

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق هيئة عامة جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

الغاء أو تعديل المحكمة الاستئنافية الحكم الابتدائى الصادر فى الموضوع. اقامة حكمها على أسباب خاصة كافية لحمله. لا ضرورة لتفنيد اسباب ذلك الحكم.

(الطعن رقم ١١٠٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

(نقض جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ س ٨ ع ٣ ص ٧٨٩)

(نقض ١٩٦٥/١٢/٢١ س ١٦ ع ٣ ص ١٣٠٤)

القضاء ببطلان الحكم الابتدائى لبطلان إعلان المدعى عليه بصحيفة افتتاح الدعوى اثره. وجوب وقوف المحكمة الاستئنافية عند تقرير البطلان. قضاؤها فى

موضوع الدعوى خطأ.

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

الغاء محكمة الاستئناف الحكم المستأنف. عدم التزامها بتعقب أسبابه والرد عليها - كفاية اقامة حكمها على ما يكفى لحمله.

(الطعن رقم ١٧٩١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

تعديل الحكم الاستئنافى لمقدار التعويض. لازمه. ذكر الأسباب التى اقتضت هذا التعديل. ما عداها. إعتبار أسباب الحكم الابتدائى بشأنها مؤيدا.

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

الحكم الاستئنافى. لمحكمة الاستئناف فى تسبيبه أن تؤيد الحكم الابتدائى وأن تحيل على وقائعه وأسبابه دون إضافة متى كانت كافية لحمله ورأت فيها ما يغنى عن ايراد جديد.

(الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

صدور الحكم مطابقا للثابت بالأوراق ومتفقا مع التطبيق القانونى الصحيح، النعى عليه. فى غير محله. اعتماد محكمة الاستئناف على التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة. لا خطأ.

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

إعتناق الحكم المطعون فيه أسباب الحكم الابتدائى والقضاء بإبطال العقد لصدوره من الوصية دون إذن المحكمة. النعى عليه عدم التعرض لثمن المبيع وما إذا كان به غبن من عدمه. غير مقبول.

(الطعن رقم ١٣١٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

ما لا يعيب تسبيب الحكم:

القصور فى الأسباب القانونية والتقريرات القانونية الخاطئة:

انتهاء الحكم بأسباب وافية الى نتيجة سليمة. اعماله حكم مادة - غير منطبقة. لا يفسده. «مثال فى بيع».

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨ س ٣٢ ص ٢٤٤٧)

انتهاء الحكم الى نتيجة سليمة لا يعيبه اغفال الرد على دفاع غير صحيح أو اشتماله على أسباب قانونية خاطئة. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١/٢٢ س ٣٠ ع ١ ص ٣٢٣)

لا يعيب الحكم ما تزيد فيه. شرطه إقامته على دعامة مستقلة وصحيحة. مثال.

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

(٤) استناد المحكمة الى ادلة الدعوى القائمة امامها - بيان ضمنى لسبب عدولها عن تنفيذ ما امرت به من تقديم مستندات.

(الطعن رقم ٧٩٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

استخلاص الحكم - بأسباب سائغة - عدول الطاعن عن الصفقة والزامه ببدل العدول المتفق عليه. تعييبه فيما استطرد اليه. تزيد. غير منتج. (مثال).

(الطعن رقم ١٢٠٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

كفاية أوراق الدعوى ومستنداتها. لا على الحكم إذ لم يجب طلب الإحالة إلى التحقيق.

(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق،١١٦٣ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

عدم التزام محكمة الموضوع بإبداء أسباب عدم اطمئنانها لأقوال الشهود. ايرادها أسبابا لذلك. يوجب أن تكون سائغة (مثال).

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

عيوب التدليل:

القصور:

اغفال الحكم بحث دفاع جوهرى للخصم. قصور. موجب لبطلانه. مؤدى ذلك.

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ س ٣١ ص ١٠٦٩)

الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى إغفال الحكم الرد عليه. قصور. (مثال).

(الطعن رقم ١٤١٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/٢٤ س ٢٦ ص ١١٦٤)

اللجنة المختصة بنقابة المحامين بتقدير اتعاب المحامى. مناط اختصاصها. عدم وجود اتفاق كتابى عليها. المادتان ٨٢، ٨٣ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣. التمسك بعدم اختصاصها لوجود اتفاق مكتوب. دفاع جوهرى. عدم الرد عليه وبحث دلالة الاتفاق. قصور.

(الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١/٣١)

اغفال الحكم مناقشة دفاع جوهرى ابداه الخصم. قصور. (مثال: تمسك الطاعن بأن خطأ المضرور قد اسهم فى احداث الضرر)

(الطعن رقم ٩٩٨ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ س ٣٣ ص ١٠٦٥)

الطلب أو الدفاع الجازم الذى يجوز أن يترتب على الفصل فيه تغيير وجه الرأى فى الدعوى. التزام محكمة الموضوع بالاجابة عليه فى اسباب حكمها. اغفال ذلك. قصور.

(الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

(نقض جلسة ١٩٨٦/٥/٢٢ - الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٥١ ق)

ابتناء الحكم على واقعة مستخلصة من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض اما اثبته أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه. موجب لنقضه.

(الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

استلام الخصم مذكرة بالجلسة تحوى طلبا اضافيا. اعتبار ذلك الطلب مقدما صحيحا الى المحكمة. التفات المحكمة عنه. قصور. (مثال فى تعويض).

(الطعن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ س ٢٦ ع ٢ ص ١٥١٥)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ س ٢٦ ع ١ ص ٢٠٨٥)

اغفال المحكمة فحص مستندات الدعوى وتحصيل مؤداها والرد على ما تمسك به الطاعن من دفاع جوهرى. قصور.

(الطعن رقم ١٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ س ٣١ ع ١ ص ١٠٦٩)

اغفال الحكم الرد على دفاع لو صح قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. قصور.

(الطعن رقم ٥٧٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ س ٣٧ ص ١٠٦٩)

(٢) الطلب أو الدفاع الجازم الذى يجوز أن يترتب على الفصل فيه تغيير وجه الرأى فى الدعوى. التزام محكمة الموضوع بالاجابة عليه فى اسباب حكمها. اغفال ذلك. قصور.

(الطعن رقم ٢٢٥٠ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(الطعن رقم ٨٠٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٤)

تمسك المطعون ضده بمحرر صادر من خصمه. حجيته على من تمسك به. عدم مناقشة الحكم لذلك المستند مع ما قد يكون له من دلالة مؤثرة فى الدعوى. قصور. (مثال).

(الطعن رقم ١٤٢٩ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

ما لا يعد قصورا:

اغفال الحكم الرد على دفاع لا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. لا قصور.

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

عدم رد الحكم على دفاع ظاهر البطلان. لا يعد قصورا.

(الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

اغفال الحكم الرد على دفاع لا يستند الى اساس قانونى صحيح. لا قصور.

(الطعن رقم ١٤٠٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

مخالفة الثابت بالأوراق :

تحريف محكمة الموضوع للثابت ماديا ببعض المستندات أو ابتناء قضائها على ما حصلته بالمخالفة لوقائع الدعوى . مخالفة للثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٢٩ س ٣٣ ص ٧٥٩)

مخالفة الثابت بالأوراق . ما هيته . تحريف محكمة الموضوع للثابت ماديا ببعض المستندات أو ابتناء قضائها على ما حصلته بالمخالفة للوقائع الثابتة بأوراق الدعوى .

(الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٢١ س ٣٣ ص ٧٩٥).

التقرير بسقوط الحق في الحكم الصادر بندب الخبير . شرطه تخلف الخصم المكلف بسداد الأمانة عن ايداعها في الميعاد المحدد لها دون عذر تقبله المحكمة. القضاء بسقوط الحق في الحكم رغم ثبوت ايداع الامانة المقررة بالحكم الصادر بندب الخبير وقبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى في حالة عدم دفعها. مخالفة للقانون والثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٨٤٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

الفساد في الاستدلال :

فساد الحكم في الاستدلال . ما هيته .

(الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ص ١٩٤٤)

الفساد في الاستدلال . ما هيته.

(الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ص ١٩٤٤)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٤/١٠ الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٥٢ ق)

فساد الحكم في الاستدلال . ما هيته.

(الطعن رقم ٢٤٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ع ٢ ص ١٩٤٤).

مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه :

عبء اثبات الملكية . وقوعه على عاتق المدعي . عدم ثبوتها للمدعي عليه لا يفيد حتما ثبوتها للمدعي . اغفال الحكم المطعون فيه بيان كيف افادت بيانات العقد المسجل انطباقه على مساحة المائة فدان . خطأ في القانون وقصور في التسبيب وفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم ١٧١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

القضاء بعدم قبول تدخل مدعي المخاصمة منضما في استئناف الحكم محل المخاصمة بعد امعان النظر واجتهاد الرأي . عدم اعتباره خطأ جسيما . مخالفة ذلك خطأ في القانون وقصور .

(الطعون ارقام ٢٢٣٠، ٢٢٧٩، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

التناقض :

التناقض . ما هيته . ما تتماحى به الاسباب بحيث لا يبقى ما يمكن حمل الحكم عليه او يفهم على أي أساس قضت به منطوقه .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٧ س ٣٣ ص ٦٨٧)

التناقض الذي يفسد الحكم - ما هيته .

(الطعن رقم ١٧٨٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٢ الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٥١ ق)

التناقض الذي يفسد الحكم . ما هيته .

(الطعن رقم ١٤٧٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٨ س ٣٢ ع ٢ ص ١٦٣٩)

التناقض الذي يفسد الحكم . ما هيته .

(الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٨ س ٢٣٢ ص ١٦٣٩)

التناقض الذى يفسد الحكم. ما هيته.

(الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١/١ س ٢٥ ص ٩٢)

التناقض المبطل للحكم. ما هيته.

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١/١ س ٢٥ ص ٩٢)

التناقض الذى يعيب الحكم. ما هيته. الخطأ المادى يصلح سببا للطعن بالنقض.

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

التناقض الذى يفسد الحكم. ما هيته.

(الطعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

حجية الحكم:

حجية الاحكام نسبية- لا يضار ولا يفيد منها غير الخصوم الحقيقيين فيها. من اختصم فى الدعوى ولم يقض عليه بشىء لا يكون الحكم حجة عليه. مثال.

(الطعن رقم ١١٦٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/١٩ س ٢٣ ص ٧٣٠)

حجية الحكم فى نزاع تال. شرطه.

اتحاد الخصوم فى الدعويين. لا يغير من ذلك تعلق الحكم السابق بمسألة كلية شاملة م ١٠١ اثبات.

(الطعن رقم ٢٢٢٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٢ س ٣ ع ١ ص ٥٩٥)

المنع من اعادة نظر النزاع لسبق الفصل فيه. شرطه. استقلال محكمة الموضوع بتقدير وحدة الموضوع او اختلافه. طالما استندت على أسباب مؤدية الى النتيجة التى انتهت اليها.

(الطعن رقم ١٣٩٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٨ س ٣٢ ص ١١٦٢)

٢- القضاء السابق فى مسألة اساسية. اكتسابه قوة الأمر المقضى. مانع لذات الخصوم من التنازع فيها بطريق الدعوى او الدفع بشأن أى حق آخر مترتب على ثبوتها أو انتفائها.

(الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

حجية الأحكام. نطاقها. الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها. اعتباره من النظام العام. المادتان ١٠١ اثبات، ١١٦ مرافعات (مثال).

(الطعن رقم ١٧٤٨ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ س ٢٥ ص ٧٥٢)

حجية الحكم فى نزاع تال. شرطه. اتحاد الخصوم فى الدعويين. لا يغير من ذلك تعلق الحكم السابق بمسألة كلية شاملة م ١٠١ ف اثبات.

(الطعن رقم ٢١٠٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٢ س ٣٢ ع ١ ص ٥٩٩)

حجية الحكم فى دعوى تالية. مناطها. اتحاد الخصوم والمحل والسبب. وحدة الخصوم. أساسها. صفاتهم لا اشخاصهم. مثال: الحكم الصادر ضد شخص معين. عدم اكتسابه الحجية فى الدعوى المقامة عليه بصفته وارثا.

(الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٠ س ٣٢ ص ٤٦٢)

حجية الحكم المانعة من اعادة النظر فى المسألة المقضى فيها. مناطها. فصله فى مسألة اساسية تناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما.

(الطعن رقم ١٦٠٨ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٣ س ٣٢ ص ٢٣٨٧)

حجية الحكم. اقتصارها على الشيء المقضى فيه. ما لم تنظره المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى. الحكم الصادر بالبراءة من تهمة تقاضى مبالغ خارج نطاق عقد الايجار لا يحوز حجية فى الدعوى المقامة بصحة ونفاذ عقد البيع عن ذات شقة النزاع.

(الطعن رقم ١١٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٤/١١/٣٠ الطعن رقم ١٥٠٧ لسنة ٥١ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٦/٥/١١ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٥٣ ق)

الحكم القطعى اكتسابه الحجية من يوم صدوره ولو كان قابلا للطعن. وقف الحجية بمجرد استئنافه. رفض الاستئناف. اثره صيرورة الحكم انتهائيا حائزا لقوة الأمر المقضى. الالتفات عن دفاع الطاعن انه استأنف الحكم المدعى بحجيته. خطأ فى القانون وقصور.

(الطعن رقم ٩٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١٧ س ٣١ ص ١٣٩٠)

المنع من اعادة النزاع فى المسألة المقضى فيها ولو بأدلة جديدة. مناطه. وحدة المسألة الاساسية فى الدعويين (مثال فى ارتفاق).

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٨ س ٣٢ ص ١١٩٩)

المنع من اعادة نظر النزاع فى المسألة المقضى فيها. شرطه وحدة المسألة فى الدعويين. المقصود به. ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى.

(الطعن رقم ٧١٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٨ س ٣٢ ص ١١٦١)

اتحاد الخصوم كشرط لاكتساب الحكم قوة الأمر المقضى. المقصود به. صفاتهم لا اشخاصهم. الحكم ضد الطاعنة بصفتها حارسة قضائية لا حجية له قبلها بصفتها الشخصية.

(الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٠ س ٣٢ ص ٤٦٢)

حجية الأحكام. مناطها. اتحاد الخصوم والموضوع والسبب:

مثال: فى دعويين مخاصمة. احداهما مقامه من رئيس الدائرة التى قضى بجواز مخاصمته ضد المستشارين الذين اصدروا هذا الحكم ضده.

(الطعن ارقام ٢٢٣٠، ٢٢٧٩، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٢/١ س ١٧ ص ٢٢١)

القضاء النهائى. اكتسابه قوة الأمر المقضى فيما فصل فيه بصفة صريحة أو ضمنية. حتمية. اثره. امتناع العودة الى مناقشة المسألة التى فصل فيها ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها أو اثيرت ولم يبحثها الحكم السابق.

(الطعن رقم ١٩٩٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٤/١/٢٩ - الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٥٠ ق)

الحكم القطعى. ماهيته:

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

الحكم القطعى. ما هيته. فصل حاسم يضع حدا للنزاع فى جملته أو جزء منه أو فى مسألة فرعية منه. لا تملك المحكمة التى اصدرته الرجوع فيه. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٣٦٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

حجية الاحكام التى حازت قوة الأمر المقضى. مناطها. وحدة الموضوع والخصوم والسبب.

(الطعن رقم ١٤١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

حجية الحكم الجنائى:

حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية. شرطه. فصله فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين، وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله.

(الطعن رقم ١٩٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ س ٣٣ ص ٩٨٤)

حجية الحكم الجنائى الصادر فى الدعوى الجنائية امام المحكمة المدنية. شرطه. فصله فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله.

اقتصارهما على منطوق الحكم بالادانة او البراءة واسبابه المؤدية اليه .

(الطعن رقم ٢١٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٦ ق س ٣٣ ص ٤٥٥)

حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية . نطاقها . المادتان ١٠٢ ق الاثبات ، ٤٥٦ اجراءات جنائية .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ع ١ ص ١٠٩٤)

القضاء ببراءة التابع لانتفاء الخطأ فى جانبه . لا يمنع المحكمة المدنية من الزام المتبوع بالتعويض على اساس مسئولية حارس الشيء . م ١٧٨ مدنى. نفيها بإثبات الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى . وقوع الضرر نتيجة عيب فى الشيء ولو كان خفيا لا يعد سببا اجنبيا . (مثال) .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ع ١ ص ١٠١٤)

الحكم نهائيا بإدانة المتهم فى جريمة الاصابة الخطأ .

تقيد المحكمة المدنية بحجيته بشأن خطأ المتهم وعلاقة السببية بينه وبين الضرر .

(الطعن رقم ١٧٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١/١٧ س ٣٠ ع ١ ص ٢٣٢)

حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية . نطاقها . المادتان ٤٥٦ اجراءات جنائية ١٠٢ اثبات .

(الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/١٤ س ٣٣ ص ١٠٦٥)

حجية الحكم الجنائى امام المحاكم المدنية . مناطها .

(الطعن رقم ١٧٨٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٣ س ٢٨ ع ٢ ص ٦٦٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٧ س ٢٧ ع ٢ ص ١٧١٦)

حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية ، نطاقها. القضاء ببراءة التابع لانتفاء الخطأ فى جانبه لا يمنع المحكمة من الزام المتبوع بالتعويض على أساس المسئولية الشيئية . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٤٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٤ س ٢٩ ص ١٠٨٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ص ١٠٩٤)

حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية.مناطها .

(الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/١٤ س ٣٣ ع ١ ص ٤٠٩)

حجية الحكم الجنائى امام المحاكم المدنية . نطاقها . انحسارها عن الأسباب التى لم تكن ضرورية للقضاء بالبراءة أو الادانة.مثال فى ايجار بخصوص واقعة اتلاف منقولات فى العين المؤجرة .

(الطعن رقم ٥٧ لسنة ٦٥٢ ق. جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

إكتساب الحكم الجنائى قوة الشيء المحكوم به امام المحاكم المدنية. شرطه أن يكون باتا لا يقبل الطعن فيه اما لا ستنفاد طرق الطعن الجائزة فيه أو لفوات مواعيدها .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

صيرورة الحكم الجنائى الصادر من إحدى المحاكم العسكرية نهائيا. مناطه. التصديق عليه. جواز الطعن فيه رغم ذلك بالتماس اعادة النظر . مؤداه . الا يصبح باتا الا باستنفاد طريق طعنه بالالتماس أو فوات ميعاده م ٨٤، ١١٢، ١١٤ ، ١١٨ من قانون الاحكام العسكرية الصادر بالقانون ٢٦٥ سنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون ٨٢ لسنة ١٩٦٨ .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

حجية الحكم الجنائى فى الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية. شرطه. أن يكون قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للاساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته الى فاعله م ٤٥٦ إجراءات جنائية ١٠٢ إثبات.

(الطعن رقم ٣٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

حجية الحكم الجنائى امام المحاكم المدنية . شرطه فصل الحكم الجنائى فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للاساس المشترك بين الدعويين ووصفه القانونى ونسبته الى فاعله . المادتان ٤٥٦ إجراءات جنائية، ١٠٢ اثبات .

(الطعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩/١١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٦٧/٢/٧ س ١٨ ص ٣١٥)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/١٤ س ٢٦ ص ١٢١٢)

حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية . مناطها. استبعاد الحكم الجنائى مساهمة المجنى عليه فى الخطأ أو تقرير مساهمته فيه. لا حجية له أمام القاضى المدنى عند بحث التعويض المستحق للمضرور .

(الطعن رقم ٢٣٥٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

(نقض ١٩٧٧/١٢/١ س ٢٨ ع ٢ ص ١٧٣٨)

القضاء البات ببراءة المستأجر من تهمة احتجاز أكثر من مسكن فى المدينة الواحدة ورفض دعوى المؤجر المدنية واكتسابه حجية أمام المحاكم المدنية بشأن انتفاء الاحتجاز. اثره.

(الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

حجية الحكم الجنائى أمام القاضى المدنى . شرطه . أن يكون باتاً. لا يقبل الطعن لفوات المواعيد او باستنفاد طرق الطعن .

(الطعن رقم ١٥٣٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/٤ س ٢٩ ص ١٧٦)

حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية . نطاقها . المادتان ١٠٢ ق. الاثبات، ٤٥٦ إجراءات جنائية . القضاء ببراءة قائد السيارة مرتكبة الحادث لا يمنع المحكمة المدنية من الزام مالك السيارة بالتعويض على اساس مسئولية حارس الشيء . علة ذلك. ما تطرق اليه الحكم الجنائى عن خطأ المجنى عليه . تزيدا غير لازم لقضائه . عدم اكتسابه الحجية امام المحكمة المدنية . مخالفة ذلك. قصور .

(الطعن رقم ١٢٨٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

حجية احكام الاثبات :

احكام الاثبات . غير قطعية. مؤدى ذلك. عدم اكتسابها حجية الشيء المحكوم فيه . اثره . للمحكمة العدول عنها وعدم التقيد بنتيجة ما تم تنفيذه منها . شرطه م ٩ اثبات.

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٠ س ٣٢ ص ١١٨٨)

حجية الأحكام المستعجلة :

الاحكام المستعجلة . حيازتها حجية الأمر المقضى امام القضاء المستعجل طالما لم تتغير مراكز الخصوم والظروف التى انتهت بالحكم . ليس لها هذه الحجية امام محكمة الموضوع عند نظر الدعوى عن اصل الحق .

(الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١٤ س ٣١ ص ١٣٥٨)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٣/٧ س ١٩ ص ٢١٠)

الحكم المستعجل الصادر بالطرد من العين . قضاء بإجراء وقتى لا يحوز قوة الأمر المقضى لدى نظر دعوى منع التعرض ولا يمس اصل الحق.

(الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١٤ س ٣١ ص ١٣٥٨)
(نقض جلسة ١٩٦٨/٢/٧ س ١٩ ص ٢١٠)

عدم اكتساب الأحكام المستعجلة قوة الأمر المقضى. لا يعنى جواز إثارة موضوع النزاع من جديد متى كان مركز الخصوم والظروف التى صدر فيها الحكم لم تتغير. الحكم المستعجل الصادر خلاف حكم سابق فى ذات المسألة التى فصل فيها . جواز الطعن عليه بالنقض. م ٢٤٩ مرافعات .

(الطعن رقم ٧٩١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

حجية الحكم الصادر فى منازعة التنفيذ :

الحكم الصادر فى منازعة التنفيذ لا حجية له امام محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ١٣٢٠ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ س ١٣ ع ٢ ص ١٢٠٥)

حجية الحكم التاديبى :

أحكام المحاكم التأديبية الصادرة بمجازاة امناء المخازن عن ذنوبهم الادارية بمناسبة العجز فى عهدهم. لا تقيد المحاكم المدنية فى دعاوى المسئولية المدنية عن قيمة العجز. علة ذلك. اختلاف وحدة الخصوم والموضوع والسبب فى الدعويين ونطاق كل منهما امام الجهة المختصة بالفصل فيها.

(الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/٣١)

(الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣)

حجية الحكم على الخلف :

الحكم الصادر ضد البائع فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع. حجة على المشترى الذى سجل عقده بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى. المشترى خلف خاص للبائع. اعتباره ماثلا فى الدعوى فى شخص البائع له. عدم جواز الاحتجاج بهذا الحكم على المشترى فى دعواه بالملكية التى يستند فيها الى وضع اليد المدة الطويلة ولا يقطع التقادم المكسب.

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٣/١٨ س ٢٦ ص ٦٢٧)

الطعن فى الحكم

ميعاد الطعن :

مواعيد الطعن فى الأحكام. م ٢١٣ مرافعات. بدؤها كأصل عام من تاريخ صدورها. الاستثناء الاحكام التى تعتبر حضورية وفقا للمادة ٨٣ مرافعات. سريان المواعيد من تاريخ اعلانها لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الاصلى.

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٥ س ٣٢ ع ١ ص ١٠٦٩)

(نقض جلسة ١٩٥٧/٦/٦ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ ص ٧٥٧ قاعدة ٩)

مواعيد الطعن فى الاحكام. بدؤها كأصل عام من تاريخ صدورها. الاستثناء. سريانها من تاريخ اعلانها. م ٢١٣ مرافعات.

(الطعنان رقما ٢٠٧٦ لسنة ٥٢ ق و ٧٦٥ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٥ س ٣٢ ص ١٠٦٩)

مواعيد الطعن فى الأحكام. بدؤها كأصل عام من تاريخ صدورها الاستثناء م ٢١٣ مرافعات.

(الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٥ س ٣٢ ع ١ ص ١٠٦٩)

مواعيد الطعن فى الاحكام. من النظام العام. على المحكمة التعرض لها من تلقاء نفسها.

(الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٤/١ س ١٠٢٧ ص ٨٤٤)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ – الطعن ٣٦٤ لسنة ٤٨ ق)

بدء ميعاد الطعن. كأصل. من تاريخ صدور الحكم. الاستثناء. م ٢١٣ مرافعات. عدم حضور المحكوم عليه أية جلسة تالية لانقطاع تسلسل الجلسات. اثره. بدء ميعاد الطعن من تاريخ اعلانه بالحكم.

(الطعنان رقما ٢٦٥٧ لسنة ٥٦ ق، ٢١٣٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

سريان مواعيد الطعن فى الأحكام من تاريخ صدورها. الاستثناء من تاريخ اعلانها. علة ذلك. م ٢١٣ مرافعات. مثال. فى الطعن بالنقض.

(الطعن رقم ٢٤٤١ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

الخصوم فى الطعن :

عدم جواز الطعن فى الاحكام الا من المحكوم عليه. م ٢١١ مرافعات. الطعن من المحكوم لصالحه. غير جائز لانعدام مصلحته فى الطعن.

(الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق. جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٢/٢٤ س ٢٥ ص ٤١٩)

نسبية اثر الطعن. مؤداها. الا يفيد منه الا من رفعه ولا يحتج به الا على من رفع عليه. الاستثناء. الطعن فى الأحكام الصادرة فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام اشخاص معينين. م ٢١٨ مرافعات علة ذلك. للمحكوم عليه أن يطعن فى الحكم أثناء نظر الطعن المقام من احد زملائه. قعوده عن ذلك. التزام المحكمة بتكليف الطاعن باختصامه فى الطعن. امتناعه عن تنفيذ ما امرت به المحكمة. اثره. عدم قبول الطعن. تعلق ذلك بالنظام العام. (مثال فى تعويض)

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦-الطعنان رقما ٣٠٠ و ٤٠٩ لسنة ٥٦ ق)

انطباق احكام المادة ٢/٢١٨ مرافعات على كافة طرق الطعن. بطلان ما يكون قد ورد بشأنه نص مغاير. مؤدى ذلك. سريان حكمها على الطعن بالنقض بالنسبة لحالة تعدد المحكوم عليهم دون المحكوم لهم. م ٢٥٣ مرافعات. اغفال الطاعن اختصام بعض المحكوم لهم فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة - المطعون فيه - اثره. بطلان الطعن.

(الطعن رقم ١٠٩٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٦ س ٣٢ ص ٨٥٩)

نسبية اثر الطعن. مؤداها. الا يفيد منه الا من رفعه ولا يحتج به الا على من رفع عليه. الاستثناء. الطعن فى الاحكام الصادرة فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام اشخاص معينين. م ٢١٨ مرافعات. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٣٠٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦-الطعنان رقما ٣٠٠ و ٤٠٩ لسنة ٥٦ ق)

الطعن المرفوع من أحد المحكوم عليهم فى الميعاد فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن. جواز انضمام محكوم عليه اخر له ولو سبق له قبول الحكم او لم يطعن عليه فى الميعاد. م ٢/٢١٨ مرافعات.

(الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٩ س ٣١ ص ٤٩ ق)

جواز الطعن فى الأحكام:

الأحكام غير الجائز الطعن فيها :

اغفال الحكم المستانف الفصل فى أحد الطلبات مؤداه. عدم جواز الطعن فى هذا الحكم بالاستئناف اثر اعتبار الاستئناف الفرعى غير مقبول. تعلق ذلك بالنظام العام.

(الطعن رقم ١٧٥٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٦ س ٣٢ ع ١ ص ١٢٩٧)

عدم جواز الطعن فى الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة. مناطه. أن يكون توجيهها أو حلفها او النكول عنها مطابقا للقانون.

(الطعن رقم ٢٣٧٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ س ٣٣ ص ١٢٠٩)

عدم جواز الطعن فى الاحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة. شرطه. أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون.

(الطعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/٥ س ٢٥ ص ٤٦٤)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ س ٣١ ص ٨٨٣)

الاحكام الجائز الطعن فيها :

الحكم الصادر بعدم الاختصاص. جواز الطعن فيه على استقلال اعتباره حكما منهيا للخصومة كلها فيما فصل فيه وحسمه بصدد عدم الاختصاص. عدم الطعن عليه مؤداه. اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى فيه. اثره. التزام المحكمة المحال اليها به.

(الطعن رقم ١٢١٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٢٨ س ٣٢ ص ٣٩٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٧ س ٣٠ ص ٥٩١)

الأحكام غير الجائز الطعن فيها استقلالا :

عدم جواز الطعن استقلالا في الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم المنهى لها . الاستثناء . م ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٨٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١١ س ٣٣ ص ٧٥)

الحكم المنهى للخصومة . ما هيته . القضاء بصورية عقد البيع الابتدائي . وقبل الفصل في الموضوع بقبول توجيه اليمين الحاسمة . قضاء غير منه للخصومة كلها . الطعن فيه على استقلال . غير جائز . علة ذلك .

(الطعن رقم ٩٨٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

عدم جواز الطعن استقلالا فى الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها . الحالات المستثناة . م ٢١٢ مرافعات . الخصومة التى ينظر الى انتهائها والحكم المنهى لها . ما هية كل منهما .

(الطعن رقم ٧٩٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١/١٠ - الطعن ٢٥٩ لسنة ٥١ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٤/١/١ - الطعن ٥٩٤ لسنة ٣٩ ق)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٥ الطعن ٣٠٥ لسنة ٤٢ ق)

عدم جواز الطعن استقلالا فى الاحكام الصادرة اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها . الاستثناء م ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٧٨٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٥ س ٣٣ ص ١٧٦)

الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها . عدم جواز الطعن عليها استقلالا . الاستثناء م ٢١٢ مرافعات . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٦ س ٣٢ ع ٢ ص ٢١٠٦)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ س ٣٠ ع ١ ص ٩٧٦)

الحكم برفض طلب وقف الدعوى او الغاء الوقف والاعادة الى محكمة أول درجة . ليس من الاحكام المنهية للخصومة او المستثناه . اثره . عدم جواز الطعن فيه استقلالا .

(الطعن رقم ١٠١٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٢/٢٨ س ٣٤ ص ٦٠٤)

عدم جواز الطعن استقلالا فى الاحكام الصادرة اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها . م ٢١٢ مرافعات . الحكم المنهى للخصومة . ما هيته . القضاء بتأييد الحكم المستانف فيما قضى به بالتسليم ورفض النفاذ المعجل مع ندب خبراء لتقدير ريع الأرض المقضى بتسليمها . حكم غير منه للخصومة برمتها . اثره . التزام محكمة النقض بالقضاء بعدم جواز الطعن من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام .

(الطعن رقم ٢١٣٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٥ س ٣٣ ص ١٧٦)

عدم جواز الطعن استقلالا فى الاحكام الغير منهية للخصومة م ٢١٢ مرافعات استئناف الحكم المنهى للخصومة. اثره. ٢٢١ مرافعات. (مثال)

(الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٦ س ٣٢ ص ٢١٠٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٧ س ٣٢ ص ١٥٠٨)

الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها . عدم جواز الطعن فيها على استقلال . الاستثناء م ٢١٢ مرافعات . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

الاحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها . عدم جواز الطعن فيها استقلالا . الاستثناء . م ٢١٢ مرافعات. تضمن الحكم نوعين من القضاء: أحدهما لا يقبل الطعن المباشر والآخر يقبله. اثره جواز الطعن فيهما معا . شرط ذلك وعلته .

(الطعن رقم ٤٨٨ ٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

تعدد الطلبات فى الدعوى الناشئة عن سبب قانونى . واحد تقدر قيمتها باعتبار الطلبات جملة.م ٣٨ مرافعات مؤدى ذلك . وحدة الخصومة واندماج كافة الطلبات فيها. أثره . الحكم فى احد هذه الطلبات قبل باقيها. غير جائز الطعن فيه استقلالا. م ٢١٢ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

الطعن فى الأحكام الصادرة فى الطعون على قرارات لجان المنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة:

الاحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية بتشكيلها طبقا للمادة ١٨ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى الطعون على قرارات لجان المنشآت الايلة للسقوط والترميم والصيانة . الطعن عليها بطريق الاستئناف. خضوعه للقواعد العامة فى قانون المرافعات دون المادة ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧. قصر نطاق المادة الأخيرة على حالات الطعن فى قرارات لجان تحديد الاجرة. علة ذلك.

(الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ص ٩٦٥)

الاحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية بتشكيلها طبقا للمادة ١٨ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى الطعون على قرارات لجان المنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة. الطعن عليها بطريق الاستئناف. خضوعه للقواعد العامة فى قانون المرافعات دون المادة ٢٠ ق ٤٩ ١٩٧٧ . قصر نطاق المادة الاخيرة على حالات الطعن فى قرارات لجان تحديد الاجرة. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ص ٩٦٥)

الطعن على قرارات لجان المنشات الايلة للسقوط والترميم والصيانة . م ١/٥٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧. خضوعها للقواعد العامة المقرره فى قانون المرافعات بشأن طرق الطعن فى الاحكام. علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٨٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

الطعن فى القرار الصادر بازالة العقار. قبول المحكمة للطعن شكلا ثم تأييده موضوعا. استئناف الطاعنة لهذا الحكم. القضاء ببطلان الحكم الصادر فى الموضوع واعادة الدعوى الى محكمة أول درجة . قضاؤها بعدم قبول الطعن شكلا . خطأ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٩١٩ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

الطعن فى الاحكام الصادرة فى دعاوى القسمة :

الطعن إستئنافيا فى احكام محاكم المواد الجزئية الصادرة ابتدائيا فى دعاوى القسمة انعقاده للمحكمة الابتدائية بهيئة استئنافيه ايا كانت قيمة الدعوى .

(الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/١٤)

المصلحة فى الطعن :

الغاء الحكم محل اعتراض الخارج عن الخصومة . اثره اعادة طرح الخصومة الاصلية على المحكمة من جديد .

(الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٦٣/١٢/١٦ س ١٤ ص ١٢٠٢)

عدم جواز الطعن فى الاحكام الا من المحكوم عليه. م ٢١١ مرافعات. الحكم فى مواجهة الطاعنة . واضعة اليد على أرض النزاع - بالتسليم. انطواؤه على قضاء ضمنى بالزامها بتسليم هذه الأرض. عدم اعتبارها محكوم عليها ولا مصلحة لها فى استئناف الحكم . خطأ فى القانون.

(الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٢/١٢ س ٢٨ ص ٤٣٦)

التنازل عن الطعن :

التنازل عن الطعن. وجوب أن يكون صريحا واضحا لا يؤخذ فيه بالظن والتأويل صرف الطاعن المبالغ التى سبق له إيداعها وفاء بباقى الثمن لا يفيد هذا التنازل.

(الطعن رقم ٦٤ ٢١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٥)

(نقض جلسة ١٩٦٣/٢/٦ س ١٤ ص ٢١٨)

مسائل عامة :

قضاء المحكمة الاستئنافية فى موضوع النزاع بحكم قطعى . صحيحا أو باطلا او مبنيا على إجراء باطل ليس لها تصحيح الحكم أو الرجوع فيه - سبيل ذلك - الطعن بالنقض .

(الطعن رقم ١٥٢٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨ س ٢٩ ص ١٧٩٨)

الحكم بقبول الاستئناف شكلا . قضاء ضمنى بجوازه . اثره. استنفاد المحكمة ولايتها فيه .

(الطعن رقم ١٣٦٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٣/٢/٢٠ س ٢٤ ص ٢٨٧)

(نقض جلسة ١٩٦٥/٣/٣ س ١٦ ص ٢٤٤)

الاثر المترتب على رفع الدعوى والحكم فيها من قطع التقادم او استبدال مدته . لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه . الحكم بالتعويض لا يقطع التقادم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة التأمين ما لم تكن طرفا فيه. علة ذلك .

(الطعن رقم ١٠٥٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

قضاء المحكمة الاستئنافية ببطلان حكم اول درجة لعيب شابه دون ان يمتد الى صحيفة الدعوى. اثره. وجوب الفصل فى موضوع الدعوى بحكم جديد .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ س ٢٩ ع ١ ص ٦٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥١٩)

اثر الطعن فى الحكم :

وجوب الا يضار الطاعن بطعنه . قاعدة اصلية من قواعد التقاضى اساسها .

(الطعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١١/١٦ س ٢٨ ص ٩٨١.

اثر الحكم برفض الدعوى :

الحكم برفض الدعوى . مؤداه . زوال أثرها فى قطع التقادم .

(الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

إغفال الفصل فى بعض الطلبات :

اغفال المحكمة الفصل فى بعض الطلبات. سبيله الرجوع الى ذات المحكمة لتستدرك ما فاتها الفصل فيه م ١٩٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢٤ س ٢٧ ص ٧٥٣)

اغفال المحكمة الفصل فى أحد الطلبات . سبيله الرجوع الى ذات المحكمة لتستدرك ما فاتها الفصل فيه. م ١٩٣ .

(الطعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

تصحيح الحكم :

الخطأ المادى فى الحكم . سبيل تصحيحه . الرجوع الى ذات المحكمة التى اصدرته م ١٩١ مرافعات .

(الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

بطلان الحكم :

وجوب شمول الحكم على خلاصة موجزة لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم ودفوعهم ودفاعهم الجوهرى . شرطه الا يؤدى ايجاز الوقائع الى اسقاط بعضها علة ذلك. القصور فى الأسباب الواقعية. اثره بطلان الحكم. م ١٧٨ مرافعات المعدلة.

(الطعن رقم ٢٠٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٧٨/١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٩ س ٣١ ص ٤٥٠٥)

استخلاص القاضى واقعة من مصدر لا وجود له أو مناقض لما استخلصه او مستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه . عيب فى التسبيب . اثره. بطلان الحكم .

(الطعن رقم ١٣٨٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

التزام محكمة الاستئناف ان تأمر المحكوم عليه بإختصام باقى زملائه فى الحكم الصادر ضدهم فى نزاع لا يقبل التجزئة والا وقع قضاؤها باطلا. م ٢١٨

مرافعات. اغفال محكمة الاستئناف الأمر باختصام ورثة احد المحكوم عليهم فى الدعوى التى اقاموها بأحقيتهم فى الانتفاع بالمخبز محل النزاع وهى لا تحتمل غير حل واحد. مبطل للحكم. علة ذلك. مخالفته لقاعدة قانونية إجرائية متعلقة بالنظام العام. عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ١٣٤٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

تنفيذ الحكم :

انضمام مصر إلى اتفاقية تنفيذ الأحكام التى اصدرها مجلس جامعة الدول العربية بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٤. اثره اعتبار احكام الاتفاقية قانونا واجب التطبيق – الحكم الصادر من العراق والتى انضمت الى الاتفاقية يكون واجب التنفيذ فى مصر متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى تلك الاتفاقية حتى ولو كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر المنازعة التى صدر فيها الحكم.

(الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٩/١/٢٨ س ٢٠ ص ١٧٦)

وجوب التحقق من اعلان الخصوم اعلانا صحيحا بالدعوى التى صدر فيها الحكم الاجنبى قبل تذييله بالصيغة التنفيذية. تمسك الطاعن ببطلان اعلانه واطراح المحكمة لهذا الدفاع دون التحقق من صحة اعلانه بالدعوى وفقا للأجراءات التى رسمها قانون البلد الذى صدر فيه الحكم وعدم تعارض هذه الاجراءات مع اعتبارات النظام العام فى مصر. خطأ وقصور.

(الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٤/٧/٢ س ١٥ ص ٩٠٩)

تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا. وقوعه على عاتق طالبه. علة ذلك. تحمله مخاطره إذا ما الغى الحكم. إلتزامه بتعويض الضرر الناشىء عن التنفيذ. عدم توقف ذلك على ثبوت خطئه أو سوء قصده.

(الطعن رقم ٩٣ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٢)

(نقض ١٩٦٧/٥/٢٣ س ١٨ ع ٣ ص ١٠٨٤)

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧ س ٢٠ ص ٥٠٨)

(جلسة ١٩٨٠/١/٨ س ٣١ ص ٩٨)

تنفيذ الحكم الأجنبى شرطه. م ٢٩٨ مرافعات.

اعلان المطعون ضدها بالدعوى التى قضى فيها بتسليم نسخة تنفيذية ثانية منه وبالحكم الصادر فيها ليس من شروط الأمر بتنفيذه. رفض الحكم المطعون فيه الدعوى على سند من ذلك. خطأ فى القانون.

(الطعن رقم ١٩٢٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

- خ -

خبرة

ندب الخبراء :

حق قاضى الموضوع فى الاستعانة بالخبراء فى المسائل الفنية. له السلطة فى فهم الواقع فى الدعوى وجوب بحث الدفاع الجوهرى للخصوم واسباغ التكييف الصحيح على الدعوى.

(الطعن رقم ١٧٦٥ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

ندب المحكمة مكتب الخبراء لمباشرة المأمورية المبينة بمنطوق حكمها. لمكتب الخبراء ندب ثلاث خبراء لمباشرتها متى رأى أن طبيعتها وحجمها يستلزم ذلك

(الطعنان رقما ٢٠٩٢ و ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

عدم سداد أمانة الخبير :

عدم سداد أمانة الخبير. وجوب استنفاذ المحكمة كل ما لها من سلطة التحقيق للتوصل إلى كشف الواقع فى الدعوى.

(الطعن رقم ١١٩٢ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

مباشرة الخبير مأموريته :

عدم قيام الخبير بدعوة الخصوم عند مباشر

إجراءات تحقيق الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع . لا بطلان . علة ذلك . م ١٤٦ إثبات .

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تقدير عمل الخبير :

تقرير الخبير من عناصر الاثبات . خضوعه لتقدير محكمة الموضوع . الاخذ به محمولا على أسبابه . مؤداه . عدم الالتزام بندب خبير آخر ولو طلب الخصم ذلك .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥ س ٣٣ ص ١٠٤٦)

تقدير عمل أهل الخبرة . من سلطة محكمة الموضوع . اخذها بتقرير الخبير واحالتها اليه فى بيان اسباب حكمها . مؤداه . اعتبار اسباب التقرير جزءاً من الحكم عدم التزامها بالرد على مطاعن الخصوم . شرطه .

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١٢/٤ س ٣١ ص ٢٠٠٠)

عمل الخبير . من عناصر الاثبات . خضوعه لتقدير محكمة الموضوع . حقها فى الأخذ به وبأقوال الشهود الذين سمعهم .

(الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥ س ٣٣ ص ١٠٤٢)

محكمة الموضوع . سلطتها فى الأخذ بتقرير الخبير محمولا على أسبابه عدم التزامها بالرد استقلالا على ما وجهه له اليه الخصم من طعون . علة ذلك .

(الطعنان رقما ٢٠٩٢ و ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

لمحكمة الموضوع الأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحة أسبابه . عدم التزامها بالرد استقلالا على ما وجه اليه من طعون متى رأت فيه ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٢٥٢١ لسنة ٥٥ ق . جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/١٤ س ٣٣ ع ٢ ص ١١٥٣)

أخذ المحكمة بتقرير الخبير المنتدب دون الرد على التقرير الاستشارى . لا يعيب الحكم . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

تقرير الخبير . أحد عناصر الاثبات فى الدعوى . محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير الأدلة دون معقب . متى كان استخلاصها سائغا .

(الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تقدير عمل أهل الخبرة . من سلطة محكمة الموضوع . لها الأخذ بتقرير الخبير محمولا على أسبابه متى اقتنعت بصحته . عدم التزامها بالرد استقلالا على الطعون الموجهه اليه .

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

سلطة محكمة الموضوع فى الأخذ بتقرير الخبير . متى اقتنعت بصحة اسبابه. الجدل فى كفاية الدليل لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تقدير عمل الخبير . سلطة محكمة الموضوع ولو فى مسالة فنية دون حاجة الى الاستعانة برأى خبير آخر .

(الطعن رقم ١٢٦٠ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

تقدير عمل الخبير . من سلطة محكمة الموضوع . عدم التزامها بإجابة طلب تعيين خبير آخر متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة .

(الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

تقدير عمل الخبير والاخذ بتقرير دون آخر واستنباط القرائن من أى ورقة مقدمة تقديما صحيحا من سلطة محكمة الموضوع . حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها .

(الطعن رقم ٨٦٩ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

عدم التزام المحكمة بإجابة طلب إعادة المأمورية لمكتب الخبراء متى وجدت فى تقرير الخبير السابق واوراق الدعوى وعناصرها ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

تقرير الخبير . عنصر من عناصر الاثبات . خضوعه لتقدير قاضى الموضوع دون معقب .

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

اقتناع محكمة الموضوع بكفاية الابحاث التي اجراها الخبير. وأخذها بالأسباب الواردة فيه. ما يثيره الطاعن بشأنها من بعد. جدل في كفاية الدليل لا يجوز اثارته امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

تقدير عمل الخبير وبحث ما يقدم للمحكمة من الأدلة والمستندات من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله.

(الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

تقدير عمل اهل الخبرة والموازنة بين تقارير الخبراء والأخذ بإحدها دون الآخر من سلطة محكمة الموضوع دون معقب.

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٦)

تقدير عمل الخبير. استقلال محكمة الموضوع به. لها الأخذ به إذا رات فيه ما يقنعها ما دام قائما على أسباب لها اصلها في الأوراق وتؤدي إلى ما نتهت اليه وهي غير ملزمة بالرد بأسباب خاصة على ما ورد بما اطرحته من تقارير اخرى. علة ذلك. اغفالها الرد على دفاع لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى. لا خطأ.

(الطعن رقم ١٥٩١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

- د -

دستور - دعوى

دستور

مبدأ الفصل بين السلطات:

مبدأ الفصل بين السلطات. المقصود به. تحقيق التوازن والتعاون بين السلطات وتوفير الحيدة لكل منها في مجال اختصاصها.

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧ - س ٢٤ ع ١ ص ٥٦١)

الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا. ما هيتها. الطعن بمخالفة قرار السلطة التنفيذية لأحكام القانون الذي فوضها في إصداره. خروجه عن مجال الرقابة الدستورية. علة ذلك. اثره. عدم الاعتداد به في مقام تطبيق القانون الذي صدر القرار تنفيذا له.

(الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

الدفع بعدم دستورية القوانين. غير متعلق بالنظام العام. اثره. ليس للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها. عدم تمسك الطاعن به امام محكمة الموضوع. مؤداه. عدم جواز اثارته امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٢ س ٣٣ ص ٢٦٦)

الدفع بعدم دستورية القوانين، غير متعلق بالنظام العام عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض. (مثال في فوائد)

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض ١٩٨١/١٢/١٩ س ٣٢ ع ٢ ص ٢٣٣٧)

(نقض ١٩٧٨/٢/٢٥ س ٢٩ ع ١ ص ٥٩٧)

التحقق من جدية الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة. شرطه. المادتان ٢٩، ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ع ١ ص ١٥٩٤)

(١) المحاكم. ليس لها الامتناع عن تطبيق نص لم يقض بعدم دستوريته. إذا تراءى لاحداها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة في دعوى مطروحة عليها تعين القضاء بوقفها واحالتها الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسالة الدستورية. المادة ١/١٧٥ من الدستور والمادتين ١/٢٩، ٤٩ ق ٤٨ لسنة ١٩٧٩،

(الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

(الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٦/٢/١٣)

(٢) النعي على الحكم المطعون فيه بوقف الدعوى دون الاحالة للمحكمة الدستورية للفصل في امر دستورية المادة ٢٢٦ مدني. فصل المحكمة الدستورية في الدعوى المقامة امامها - قبل ايقاف الدعوى - بدستورية تلك المادة. مؤداه. النعي غير منتج ولا يحقق سوى مصلحة نظرية بحته لا يعتد بها. علة ذلك.

(الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

دعوى

اعلان صحيفة الدعوى :

- انعقاد الخصومة. شرطه. إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلانا صحيحا. تحقق الغاية منه بالمواجهة القضائية. لا بطلان. (مثال).

(الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/١٠)

شروط قبول الدعوى :

الصفة في الدعوى :

١ - **رئيس المدينة** - هو وحده صاحب الصفة في تمثيل وحدته المحلية قبل الغير ولدى الغير ولدى القضاء فيما يدخل في نطاق اختصاصه.

(الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/١٥)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ص ٩٢)

٢- **رئيس المدينة- دون المحافظ-** هو صاحب الصفة في تأجير العقارات المملوكة ملكية خاصة للدولة والواقعة في نطاق مدينته. علة ذلك.

(الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧).

(الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/١٥)

(جلسة نقض ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ص ٩٥٢)

اكتساب المدعى الصفة في رفع الدعوى اثناء نظرها بمراعاة المواعيد والاجراءات المنصوص عليها في القانون. اثره. زوال العيب. مؤداه انتفاء مصلحة المدعى عليه في التمسك بالدفع بعدم القبول. تغيير سند صفة المدعى امام محكمة الاستئناف عنه امام محكمة اول درجة. لا أثر له. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧).

(نقض جلسة ١٩٧٣/١/١٥ س ٢٤ ع ١ ص ١٠٨)

استخلاص الصفة في انشغال ذمة المدعى عليه بالحق موضوع التداعي استقلال قاضي الموضوع به.حسبه بيان الحقيقة التي اقتنع بها واقامة قضائه على أسباب سائغة تكفي لحمله.

(الطعن رقم ٧٦٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

(قارن نقض جلسة ١٩٧٩/٥/٧ س ٣٠ ص ٣٩٧)

تمثيل الدولة منوط بالوزير في الشئون المتعلقة بوزارته ما لم يسلبه القانون هذه الصفة. الاختصاصات المقررة للمحافظات ووحدات الحكم المحلي في هذا الصدد لا تسلب الوزير صفته في الاشراف على تلك الوحدات والعاملين بها.

(الطعن رقم ٨٨٠ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٥/٣/١١ - الطعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٢ ق)

وحدات الحكم المحلي. يمثلها رئيسها امام القضاء وفي مواجهة الغير. م ٣، ٤ ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩.

(الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٥٢)

التحقق من صفة رافع الدعوى. استقلال محكمة الموضوع به متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ٢٩ لسنة ٥٣ ق (احوال شخصية) - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

المصلحة في الدعوى :

المصلحة التي تجيز قبول الدعوى. ماهيتها. المصلحة القانونية. مجرد توافر مصلحة للمدعى في

الحصول على منفعة مادية أو ادبية غير كاف. م ٣ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٠١٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

ثانيا : تقدير قيمة الدعوى :

الدعوى المتضمنة طلبا مندمجا في الطلب الأصلي. تقدير قيمتها بقيمة هذا الطلب وحده. م ٢/٣٨ مرافعات. الاعتداد بقيمة البناء على ارض مطلوب تثبيت ملكيتها. مناطه. ان يكون مطلوبا ازالته. طلب تثبيت الملكية لأرض زراعية استنادا الى تملكها بالتقادم وعدم سريان عقد بيعها في حق الطالب. اعتبارهما مندمجين. اثره.

(الطعن رقم ٢٠٩١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٢٣ س ٣١ ص ١٨٤٠)

تعدد الطلبات في الدعوى الناشئة عن سبب قانوني واحد. تقدير قيمة الدعوى باعتبار الطلبات جملة. مؤدى ذلك. وحدة الخصومة واندماج كافة الطلبات فيها. اثره. الحكم الصادر في احد هذه الطلبات غير منه للخصومة كلها. عدم جواز الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم الختامي المنهي للخصومة كلها الا في الاحوال المستثناة في المادة ٢١٢ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٦ س ٣٢ ع ٢ ص ٢١٠٦)

دعوى صحة ونفاذ عقد بيع ارض زراعية. تقدير قيمتها باعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الاصلية المربوطة عليها. م ١/٣٧، ٧ مرافعات. تعلق ذلك بالنظام العام.

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٣٩٤)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٦/٦ - الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٠ ق)

تقدير قيمة الدعوى لتحديد نصاب الاستئناف وجوب الاعتماد على قواعد قانون المرافعات. م ٢٢٣ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٠٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٣٩٤)

تقدير قيمة الدعوى بطلب صحة عقد بقيمة المتعاقد عليه. الدعاوى المتعلقة بالأراضي الزراعية. تقدير قيمتها باعتبار سبعين مثل الضريبة الاصلية المربوطة. لا عبرة بقيمتها الثابتة في عقد بيعها. م ١/٣٧، ٧ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٠٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٦/٦)

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

تقدير قيمة الدعوى باعتبار قيمة الحق بأكمله. حق الطاعن في المطالبة بفروق الأجر الإضافي. امتداده الى ساعات لا يمكن تحديدها. مؤداه اعتبار الدعوى به زائدة عن النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية.

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

إذا تعددت الطلبات في الدعوى وكانت بعض هذه الطلبات منبثقة عن احداهما أو مترتبة عليه أو اثرا من آثاره فإنها تعتبر مندمجة في ذلك الطلب. مؤدى ذلك. تقدير قيمة الدعوى بقيمة الطلب الأصلي وحده ما لم يدر حولها نزاع مستقل. م٢/٣٨ مرافعات. مثال في دعوى الإرتفاق.

(الطعن رقم ١٤٠٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تقدير قيمة الدعوى. عدم جواز الاعتماد على القيمة التي حددها المدعي وسكت عنها المدعى عليه. وجوب الاعتماد على قواعد قانون المرافعات.دعوى منع التعرض. تقدير قيمتها بقيمة الحق الذي ترد عليه الحيازة. المواد من ٣٦ الى ٤١ مرافعات.

(الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ع ٢ ص ١٣٩٤)

(نقض جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣ مجموعة الربع قرن جـ١ ص ٦٢٤ قاعدة ٢٠)

تعدد الطلبات في الدعوى الناشئة عن سبب قانوني واحد تقدر قيمتها باعتبار الطلبات جملة. م ٣٨ مرافعات. مؤدى ذلك. وحدة الخصومة واندماج كافة الطلبات فيها.

ه. الحكم فى أحد هذه الطلبات قبل باقيها. غير جائز ن فيه استقلالا. م ٢١٢ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

١ – تقدير قيمة الدعوى لتحديد نصاب الاستئناف. جوب الرجوع فيه الى قواعد قانون المرافعات م ٢٢٣ افعات.

(الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ع ٢ ص ١٣٩٤)

٢ – تقدير قيمة الدعوى بقيمة نصيب كل من المدعين بقيمة المطلوب من كل من المدعى عليهم على حده. ستناد الدعوى الى سبب قانونى واحد. اثره. تقدير يمتها باعتبار مجموع المطلوب فيها. م ٣٩ مرافعات. سبب القانونى فى معنى هذه المادة.

(الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

(الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٤٦ ق – جلسة ١٩٨٠/٥/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

محكمة الموضوع. سلطتها فى تقدير قيمة العقار. م ١/٣٧ مرافعات شرطه. أن يثبت على وجه اليقين أن لعقار غير مربوط عليه ضريبة. وأن يكون التقدير ستمدا من عناصر لها أصلها الثابت بالأوراق وأن يعتد ى التقدير بيوم رفع الدعوى. م ٣٦ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

ثالثا : نطاق الدعوى :

١ – الطلبات فى الدعوى

المرافعة فى الدعوى غير جائزة الا بعد انعقاد الخصومة باستيفاء الشكل الذى نص عليه القانون. ابداء طلب فى موضوع الدعوى قبل ذلك. لا يعد مطروحا على المحكمة.

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

لا قضاء إلا فى خصومة ولا خصومة بغير دعوى يقيمها المدعى يحدد فيها طلباته. مؤدى ذلك. التزام الحكم بطلبات الخصوم. خروجها على هذا النطاق. اثره. م ٦٢ مرافعات.

(الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

الطلب فى الدعوى. ما هيته. القرار الذى يطلبه المدعى حماية الحق او المركز القانونى الذى يستهدفه بدعواه.

(الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

الطلب الاحتياطى. اختلاف موضوعه عن موضوع الطلب الأصلى وعدم اندراجه فى مضمونه. اعتباره طلبا جديدا. عدم جواز ابدائه فى الاستئناف لأول مرة. مؤدى ذلك. لمحكمة الاستئناف أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبوله. م ١/٢٣٥ مرافعات.

(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق، ١٦٤ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٢/٧)

الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف. ما هيته م ٢٣٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٢ – تعديل الطلبات :

تعديل الطلبات. حق للخصوم اثناء نظر الدعوى واثناء حجزها للحكم متى رخصت المحكمة بذلك في أجل معين واطلع الخصم الآخر عليها.

(الطعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٢٦ س ٣٢ ص ٣٣١)

تعديل الطلبات. حق للخصوم اثناء نظر الدعوى واثناء حجزها للحكم فى مذكراتهم. مناطه. ترخيص المحكمة بتقديم مذكرات فى اجل معين لم ينته واطلاع الخصم الآخر عليها.

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/٥)

إختلاف الطلب العارض عن الطلب الأصلى موضوعا وسببا. عدم جواز إبدائه من المدعى فى صورة طلب عارض عدا ما تأذن به المحكمة مما يكون مرتبطا بالطلب

الأصلي تقدير توافر الارتباط من سلطة محكمة الموضوع . مؤدى ذلك . جواز تعديل المدعي طلبه من صحة ونفاذ عقد البيع إلى طلب تثبيت ملكيته للقدر المبيع بناء على إذن المحكمة. الفقرة الخامسة من المادة ١٢٤ مرافعات .

(الطعن رقم ١٣٠٩ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

٣ - الطلبات العارضة :

توجيه الطلبات العارضة، الأصل اتباع الاجراءات المعتادة في رفع الدعوى. الاستثناء . شرطه.

(الطعن رقم ١٧٨٥ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ س ٢٦ ع ٢ ص ١٥١٥)

٤ - الطلبات الختامية :

العبرة بالطلبات الختامية في الدعوى. (مثال في تعويض).

(الطعن رقم ٢١١٢ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

العبرة بالطلبات الختامية في الدعوى.

(الطعن رقم ١٢٧٥ لسنه ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٢٦ س ٣٢ ع ١ ص ٣٣١)

العبرة في طلبات الخصوم هو بالطلبات الختامية المبداه في الدعوى .

(الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

الطلبات التي تتقيد بها المحكمة . ما هيتها . لا عبرة بالطلبات التي تتضمنها صحيفتها طالما لم يحل المدعي في مذكرته الختامية اليها . محكمة الموضوع سلطتها في استخلاص تعديل الطلبات في الدعوى. شرطه .

(الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

الطلبات التي تتقيد بها المحكمة . ما هيتها . العبرة بالطلبات الختامية في الدعوى. لا عبرة بالطلبات التي تتضمنها صحيفتها طالما لم يحل المدعي في مذكرته الختامية اليها . فصل المحكمة في غير ما حوته تلك المذكرة الأخيرة وهي مدركة لحقيقة الطلبات. قضاء بما لم يطلبه الخصوم. سبيل الطعن فيه هو النقض.

(الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٥ - سبب الدعوى :

محكمة الموضوع. لا تملك تغيير سبب الدعوى التزامها بقصر بحثها عليه .

(الطعن رقم ٣٠٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

(نقض جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ س ١٦ ص ١١٤٥)

سبب الدعوى. ما هيته. عدم تغييره بتغير الواقعية والحجج القانونية التي يستند اليها الخصم

(الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

سبب الدعوى في معنى المادة ٤١ مرافعات . ما هيته

تغييره لأول مرة أمام محكمة النقض . سبب جديد تجوز اثارته .

(الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)

(نقض جلسة ١٩٦٤/١/١٩ س ١٥ ع ١ ص ٥٣)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ س ٢٥ ص ١٢٧٤)

(نقض جلسه ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

الطلب في الدعوى. ما هيته. القرار الذي المدعي من القاضي حماية للحق أو المركز القانوني يستهدفه بدعواه . السبب . هو الواقعة التي يستمد المدعي الحق في الطلب ، عدم تغيره بتغير الادلة الواقعية أو الحجج القانونية .

(الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

سبب الدعوى. ما هيته .

(الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٦ - تكييف الدعوى :

التزام محكمة الموضوع بإعطاء الدعوى وصفها وإسباغ التكييف القانوني الصحيح عليها دون التقيد بتكييف الخصوم لها . العبرة في ذلك بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالالفاظ التي صيغت بها .

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/١٠ س ٢٧ ص ١٧٤٨)

تكييف المدعى دعواه تكييفا خاطئا . لا يقيد القاضى . التزامه بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح . طلب المالك بطلان عقد بيع الغير لملكه . التكييف الصحيح للدعوى هو طلب الحكم بعدم سريان العقد فى حقه . خضوعها للتقادم الطويل علة ذلك .

(الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥٥ ق . جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١١/١٠ س ٢٨ ص ١٦٥٩)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ س ٣٠ ص ٩٨٠)

محكمة الموضوع. ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح دون أن تتقيد بتكييف الخصوم لها .

(الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

تكييف المدعى لدعواه. لا يقيد محكمة الموضوع . التزامها بالفصل فيها على أساس التكييف القانونى الصحيح .

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق . جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

تكييف الخصوم للدعوى. لا يقيد المحكمة. وجوب إعطائها التكييف القانونى الصحيح . حكم محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى . قضاء تستنفذ به ولايتها. وجوب تصدى محكمة الاستئناف للنزاع . ليس فى ذلك تفويت لاحدى درجات التقاضى . تكييف الحكم المطعون فيه الدعوى باعتبارها دعوى حق وليست دعوى حيازة . عدم جواز النعى عليه بتغيير سبب الدعوى من تلقاء نفسه . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣٩٦ لسنة ٥٢ ق . جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

رابعا : نظر الدعوى أمام المحكمة :

١ - الخصوم فى الدعوى :

حضور الخصوم وتمثيلهم وغيابهم وشطب الدعوى :

تخلف المدعى عن الحضور بالجلسة الأولى المحددة لنظر دعواه أو بأية جلسة تالية . غير مانع من نظرها متى تبينت المحكمة أنها صالحة للفصل فيها ولو تمسك الخصم الحاضر بشطب الدعوى .

(الطعن رقم ٥٨٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٥/١٩ س ٢٧ ع ١ ص ١١٢٣)

(١) ميعاد الستين يوما لتعجيل الدعوى من الشطب . عدم اعتباره مرعيا الا إذا تم اعلان صحيفة التعجيل خلاله . اغفال الطاعن طرح أمر اقامته بالكويت على محكمة الموضوع . مؤداه . عدم جواز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض. علة ذلك .

(الطعن رقم ١٥٠٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٩)

(نقض جلسة ١٩٦١/١١/١٩ س ٢٢ ص ٢٠٥٨) .

(٢) الميعاد الأصلى المحدد لاعلان تعجيل الدعوى من الشطب . ما هيته. ميعاد لمباشرة ذلك الاجراء فيه . اثره . عدم اضافة ميعاد مسافة الا لما يقتضيه الانتقال للقيام بالاعلان من مقر المحكمة التى اودعت بها صحيفة التعجيل وموطن المراد اعلانه .

(الطعن رقم ١٥٠٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٩)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ س ١٧ ص ٣٤٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ س ٢٩ ص ٥١٠)

عدم قابلية النزاع للتجزئة . مقصوده . ما كان الفصل فيه لا يحتمل غير حل واحد . أثره . توقيع الجزاء المقرر بالمادة ٨٢ مرافعات لصالح كافة الخصوم الحقيقيين فى النزاع .

(الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦) .

شطب الدعوى. اثره. وقف السير فى الدعوى وانقطاع تسلسل الجلسات . تطبيق المادة ٢١٣ مرافعات . تخلف المحكوم عليه عن حضور الجلسات التالية للتجديد من الشطب - بدء الميعاد من تاريخ اعلانه بالحكم .

(الطعنان رقما ٢٦٥٧ لسنة ٥٦ ق، ٢١٣٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

التدخل فى الدعوى :

التدخل فى الدعوى. وجوب أن يكون بالاجراءات

المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة فى حضور الخصوم ويثبت فى محضرها. م ٢/١٢٦ مرافعات.

(الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/١٨ - الطعن رقم ١٢٩٦ لسنة ٤٨ ق)

التدخل فى الدعوى. اثره. صيرورة المتدخل طرفا فيها الحكم الصادر فى الدعوى حجة له أو عليه. حقه فى الطعن عليه.

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ س ٣١ ص ٨٩٤)

رسم التدخل :

عدم سداد طالب التدخل الرسم المستحق على طلب التدخل. لا يوجب البطلان. صدور الحكم بعدم قبول تدخله. اثره. حقه فى الطعن عليه باعتباره محكوما عليه فى طلب التدخل.

(الطعنان رقما ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧)

عدم سداد الرسم المستحق على طلب المتدخل. لا بطلان فى الاجراء.

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ س ٣١ ص ٨٩٤)

التدخل الانضمامى والاختصامى :

التدخل فى الدعوى المبنى على ادعاء المتدخل ملكيته للعقار موضوع الدعوى وطلب رفضها استنادا لذلك. اعتباره تدخلا هجوميا. علة ذلك. طعنه فى الحكم الصادر بعدم قبول تدخله.

(الطعنان رقما ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧)

العبرة فى اعتبار التدخل هجوميا أو انضماميا هى بحقيقته وبحسب مرماه. التدخل المبنى على الادعاء بملكية الأرض المبيعة وطلب رفض دعوى صحة البيع. اعتباره تدخلا هجوميا.

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٢/١٢ س ٢٦ ص ٣٦٤)

تدخل النيابة العامة :

الخلاف حول ما إذا كان ثمن الحصة التى قام الاب ببيعها قد تم تبرعا منه للقصر أم دفعت من مالهم الخاص. اختصاص المحكمة المدنية بالفصل فيه ولا شأن لمحكمة الاحوال الشخصية للولاية على المال به. مؤدى ذلك. عدم لزوم تدخل النيابة فى الدعاوى التى يثور فيها مثل هذا الخلاف. البطلان المترتب على اغفال اخطار النيابة فى قضايا القصر. بطلان نسبى مقرر لمصلحتهم دون غيرهم م ٨٨ مرافعات.

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(قرب نقض ١٩٦٢/٦/٢١ س ١٣ ص ١١/٨،٨٣٧/ س ٣٢ ص ١٩٩٤)

الدفوع فى الدعوى :

الدفع بعدم القبول :

الدفع بعدم قبول الدعوى لوجوب استصدار امر اداء. قيامه على عناصر موضوعية رغم تعلقه بالنظام العام. عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥٦ ق - جلسه ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٩ س ٣٢ ع ٢ ص ٢١٥٦)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٥/٢٣ س ٢٢ ع ٢ ص ٩٨١)

الدفع بعدم قبول الدعوى المؤسس على حكم المادة ١٥٧ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار التامين الاجتماعى. دفع شكلى موجه لإجراءات الخصومة. عدم اعتباره دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة ١١٥ من قانون المرافعات.

(الطعن رقم ٢١٣٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

الحكم بعدم قبول الدعوى المؤسس على حكم المادة ١٥٧ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥. لا تستنفذ به المحكمة ولايتها فى نظر موضوع الدعوى. القضاء استئنافيا بالغاء هذا الحكم. اثره. وجوب إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها.

(الطعن رقم ٢١٣٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى :

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى . ما هيته . اثر قبوله .

(الطعن رقم ٢٥٢٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٦/٥ س ١٩ ع ٢ ص ١١٠٤)

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها. ماهيته. قبول محكمة أول درجة له. أثره. إلغاء محكمة الاستئناف هذا الحكم . مؤداه . التزامها بنظر الموضوع . عدم اعتبار هذا إخلالا بقاعدة التقاضي على درجتين .

(الطعن رقم ٨٦٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٦/٥ س ١٩ ع ٢ ص ١١٠٤)

تقديم المذكرات والمستندات :

التزام محكمة الموضوع بقبول مذكرات مقدمة من احد الخصوم خلال فترة حجز الدعوى للحكم وقبل انتهاء الأجل المحدد لتقديمها . مناطه اطلاع الخصم الآخر عليها او ثبوت اعلانه بها .

(الطعن رقم ١٥٤٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩ س ٣١ ص ٩٦٥)

قاعدة عدم جواز قبول اوراق او مذكرات من احد الخصوم في غير الجلسات المحددة لنظر الدعوى دون اطلاع الخصم الآخر عليها الا ان تودع رفق صحيفة الدعوى . المادتان ١٦٨ ، ٦٥ مرافعات . اصل من اصول المرافعات لا يسوغ الخروج عليه ولو اذنت به المحكمة . مثال .

(الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

(نقض جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ س ٢٤ ص ٧٧٢)

حجز الدعوى للحكم :

حجز الدعوى للحكم . اثره . انقطاع صلة الخصوم بها بالقدر الذي تصرح به المحكمة تقديم مستندات دون تصريح منها أو اطلاع الطرف الآخر عليها. للمحكمة الالتفات عنها .

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩ س ٣١ ص ٩٦٥)

اعادة الدعوى للمرافعة :

اعادة الدعوى للمرافعة . ليس حقا للخصوم . استقلال محكمة الموضوع بتقدير مدى الجد فيه .

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

قرار إعادة الدعوى للمرافعة بعد حجزها للحكم. وجوب اعلانه لطرفيها ما لم يثبت حضورهما وقت النطق به . اغفال ذلك . اثره . بطلان الاجراءات التالية لاعادة الدعوى للمرافعة في مواجهة الخصم الذي لم يعلن بالقرار وتخلف عن الحضور بالجلسة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٥٨ ق. جلسة ١٩٨٨/١/٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٥ س ٣٢ ص ١٠٦)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٩ س ٣١ ص ٥٤٤)

اعادة الدعوى للمرافعة لتقديم مستندات جديدة . من اطلاقات محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

خامسا : المسائل التي تعترض سير الخصومة :

وقف الدعوى :

وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية . مناطه . عدم التزام المحكمة بوقف الدعوى متى استندت في قضائها لأسباب لا تتعلق بالواقعة الجنائية . مثال .

(الطعن رقم ١٤٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١١/٢٤ س ٣٠ ص ٥٣)

٤ - وقف الدعوى المدنية . شرطه . وجوب الفصل في مسألة أولية تخرج عن اختصاص المحكمة.

(الطعن رقم ١٩٦١ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

ترتب مسئوليتين - جنائية ومدنية - عن الفعل الواحد. اقامة دعوى المسئولية امام المحكمة المدنية. اثره. وجوب وقف السير فيها حتى تمام الفصل نهائيا في الدعوى الجنائية. م ٢٦٥ إجراءات جنائية. علة ذلك. اعتبارها مانعا قانونيا من متابعة السير في إجراءات الدعوى المدنية التي يجمعها بالدعوى الجنائية اساس مشترك.

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة» - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

الحكم بوقف السير في الدعوى المدنية لحين الفصل نهائيا في الدعوى الجنائية التي يجمعها معها اساس مشترك. مؤداه. وجوب عدم احتساب مدة الوقف في مدة انقضاء الخصومة. عدم تعارض ذلك مع عبارة «في جميع الأحوال» الوادة بالمادة ١٤٠ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

تقادم الخصومة. خضوعه للوقف والانقطاع. علة ذلك. الاجراء القاطع للتقادم هو الذي يتخذ في مواجهة الخصم بقصد استئناف السير في الخصومة. وقف التقادم. تحققه بقيام مانع مادي أو قانوني يحول دون مباشرة اجراءاتها.

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

انقطاع سير الخصومة:

البطلان المترتب على اغفال اعلان الخصم بالجلسة المحددة عند اعادة الدعوى للمرافعة وعلى عدم الحكم بانقطاع سير الخصومة لوفاة أحد الخصوم. نسبي. عدم جواز التمسك به الا ممن شرع لمصلحته.

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/٣١ س ٢٩ ص ٣٦٠)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س ٢٩ ص ١١٨٥)

وفاة الخصم قبل ان تتهيأ الدعوى للحكم في موضوعها. اثره. انقطاع سير الخصومة م ١٣٠ مرافعات. بطلان الاجراءات بعد الانقطاع. بطلان نسبي لمصلحة خلفاء المتوفى. عدم تعلقه بالنظام العام.

(الطعن رقم ١١١١ لسنة ٥٥ القضائية - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س ٢٩ ص ١١٨٥)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١١/٣٠ س ٢٥ ص ١٥١٤)

انقطاع سير الخصومة بوفاة المدعى عليه أو المستأنف ضده. وجوب موالاة المدعي أو المستأنف السير في إجراءات الخصومة في مواجهة ورثة خصمه قبل انقضاء سنة. لصاحب المصلحة طلب توقيع الجزاء بسقوط الخصومة. مناطه. مباشرة الخبير للمأمورية المنوط بها وايداع تقريره لا يعد مانعا من سريان مدة السقوط.

(الطعن رقم ٨٤١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٥٦/٦/٢١ س ٧ ع ١ ص ٧٤٦)

(نقض جلسة ١٩٧٠/١/٢٠ س ٢١ ع ١ ص ١٣٩)

بطلان الحكم لعدم القضاء بانقطاع سير الخصومة. بطلان نسبي مقرر لمن شرع الانقطاع لمصلحته.

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ٦/٢٦/ ١٩٨٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س ٢٩ ع ١ ص ١١٨٥)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ س ١٩ ع ٣ ص ١٤٣٢)

(نقض جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ س ٧ ع ١ ص ٣٥١)

انقطاع سير الخصومة. وقوعه بقوة القانون متى تحقق سببه بعد بدئها-حصوله قبل ذلك. اثره. انعدام الخصومة.

(الطعن رقم ١٤٧١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض ١٩٨١/١/١٣ س ٣٢ ص ١٩٢)

زوال صفة من ينوب في مباشرة الخصومة عن احد الخصوم. اثره. انقطاع سيرها بطلان الاجراء الذي يتخذ في فترة الانقطاع وقبل استئناف الدعوى سيرها بطلانا نسبيا. لا يجوز لغير من شرع لمصلحته التمسك به.

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

بطلان الاجراءات التي تتم اثناء انقطاع سير الخصومة

أحد الخصوم . نسبى عدم جواز التمسك به لغير من البطلان لمصلحته. م ١٣٢ مرافعات .

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٩ س ٢٧ ص ١٤٠٧)

نقطاع سير الخصومة . وقوعه بقوة القانون بوفاة الخصوم فيها . أثره . بطلان الاجراءات التى تتم أثناء اعها . صدور الحكم الاستئنافى دون اعلان الطاعن ى بالخصومة بعد وفاة مورثه وقبل ان تتهيأ للفصل . مؤداه . بطلان الحكم بما يوجب نقضه بالنسبة عنين للارتباط القائم بين مركزيهما .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

وط الخصومة :

نقض الحكم . اثره . زوال الحكم المنقوض . تعجيل وى لتستأنف سيرها أمام محكمة الاحالة . تمامه ليف بالحضور يعلن بناء على طلب من يهمه الامر من صم الى الطرف الآخر خلال سنة من صدور حكم ض والا كان لكل ذى مصلحة التمسك بسقوط الخصومة نضاء سنة من آخر اجراء صحيح من إجراءات اضى. م ٢٣١ مرافعات .

(الطعن رقم ١٩٠١ سنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/٢٥ س ٢٥ ص ٥٣٨)

نقض الحكم والاحالة الى محكمه الاستئناف للفصل ا من جديد . مدة سقوط الخصومة . بدؤها من تاريخ ور حكم النقض باعتباره آخر إجراء صحيح فى عوى لا من تاريخ اعلانه .

(الطعن رقم ١٩٠١ سنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٦٣/٦/٢٤ س ١٤ ص ١٧٠)

زوال صفة محامى الخصم . لا يحول بينه وبين قوف على ما تم فى الطعن وتعجيل الخصومة امام كمة الاحالة قبل سقوطها . الحكم بسقوط الخصومة فى ستئناف مؤداه . اعتبار الحكم المستأنف نهائيا .

(الطعن رقم ١٩٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١١/٢٩ س ٢٨ ع ٢ ص ١٧١٧)

سقوط الخصومة . م ١٣٤ مرافعات . انقضاء الخصومة. م ١٤٠ مرافعات . ما هية كل منهما . وقف مدة السقوط والانقضاء عند وجود المانع القانونى .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

سقوط الخصومة . جزاء مقرر لمصلحة الخصم . له التنازل عنه صراحة أو ضمنا ليس للخصم بعد تنازله عنه معاودة التمسك به .

(الطعنان رقما ٢٠٦٢ ، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٥٧/٣/٧ س ٨ ص ٢١٠)

سقوط الخصومة . قابليته للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم . ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة .

(الطعنان رقم ٢٠٩٢ ، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٣١ س ٣٠ ع ١ ص ٨٨٤)

الدفع بسقوط الخصومة . تقديمه الى المحكمة المنظورة امامها الدعوى ، اتصاله بمصلحة الخصوم ، لهم التنازل عنه صراحة أو ضمنا . صدور ما يدل على أن الخصم الذى شرع السقوط لمصلحته قد نزل عن التمسك به . لا يصح أن يعود الى ما اسقط حقه فيه .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ س ١٤ ع ١ ص ٣١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠ - الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٥ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨ لطعنان رقما ٢٠٦٢ و ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق)

الحكم بسقوط الخصومة أو انقضائها . مقتضاه . أن تكون الخصومة فى حالة ركود بعدم السير فيها وان يستمر ركودها المدد المنصوص عليها فى المادتين ١٣٤ ، ١٤٠ مرافعات . مؤداه . استمرار نظر الدعوى دون الحكم بانقطاع سير الخصومة مانع من سريان مدة السقوط او الانقضاء . علة ذلك. اثره. وقف جميع اجراءات المرافعات التى كانت جارية فى حق الخصوم وبطلان الاجراءات التى تحصل اثناء الانقطاع. م ١٣٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(الطعن رقم ١٨٢٠ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٢/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٣٠ س ٣٣ ع ١ ص ٣٤٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ س ٢٩ ع ٢ ص ١٠٤٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٦ س ٢٩ ع ١ ص ٤٠٥)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٩ س ٢٧ ص ١٣٠٧)

الدفع بسقوط الخصومة . اتصاله بمصلحة الخصم له التنازل عنه صراحة او ضمنا. م ١٣٤ مرافعات .

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٠ س ٣٢ ص ١٥٥٧)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٣/٢٣ س ١٧ ص ٦٥٦)

انقضاء الخصومة :

انقضاء الخصومة بمضى ثلاث سنوات على آخر إجراء صحيح فيها. م ١٤٠ مرافعات. انقطاع مدة الانقضاء . سبيله. إجراء صحيح يصدر من صاحب المصلحة فى الدعوى قاصدا استئناف السير فيها .

(الطعن رقم ٢٣٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/٣١ س ٢٩ ص ٣٦٧)

إنقضاء الخصومة بمضى المدة . شرطه . تمسك صاحب الشأن به قبل تعرضه للموضوع .

(الطعنان رقما ٢٠٧٦ لسنة ٥٣ ق و ٧٦٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٣/١٢/٨)

انقضاء الخصومة لعدم موالاة السير فى إجراءاتها مدة ثلاث سنوات. م ١٤٠ مرافعات . اعتبارها مدة تقادم مسقط لاجراءات الخصومة ذاتها دون الحق موضوع الدعوى . عدم تعلقه بالنظام العام . وجوب التمسك به وجواز التنازل عنه .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

الحكم بوقف السير فى الدعوى المدنية لحين الفصل نهائيا فى الدعوى الجنائية التى يجمعها معها اساس مشترك . مؤداه . وجوب عدم احتساب مدة الوقف فى مدة انقضاء الخصومة . عدم تعارض ذلك مع عبارة «فى جميع الأحوال الواردة بالمادة ١٤٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

ترك الخصومة :

ترك الخصومة لا يتم بمجرد التصريح به ما لم يتضمن تنازلا عن اصل الحق . مؤدى ذلك جواز الرجوع عن الترك صراحة أو ضمنا . شرطه الا يكون قد قبله الخصم باعتماده . اعلان الخصم بتقرير الخبير وتوجيه الطلبات الختامية اليه . مفاده العدول عن ترك الخصومة قبل

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١١ س ٢٩ ص ١٢٣٥)

ترك الخصومة فى الدعوى . حق للخصم متى توافرت له مصلحة فى التنازل م ١٤١ ، ١٤٢ مرافعات . مشروط بقبول الخصم الآخر إن كان قد ابدى طلباته فى الدعوى لا حاجة لقبوله عند انتفاء مصلحته المشروعة فى استمرار الخصومة اثر التنازل . الغاء جميع اجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المرفوعة به الدعوى .

(الطعنان رقما ٢٠٩٢، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١١ س ٢٩ ع ١ ص ١٢٣٥)

البطلان الناشىء عن ترك الخصومة . عدم تعلقه بالنظام العام . اثره ليس لغير من شرع البطلان لمصلحته التمسك به .

(الطعنان رقما ٢١٣٢،٢٠٩٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(الطعن رقم ١٢٥١ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٤/١١/٨)

تقادم الخصومة :

تقادم الخصومة . خضوعه للوقف والانقطاع . ذلك . الاجراء القاطع للتقادم هو الذى يتخذ فى مواجهة الخصم بقصد استئناف السير فى الخصومة . وقف التقادم تحققه بقيام مانع مادى أو قانونى يحول دون مباشرة إجراءاتها .

(الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة» جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

اعتبار الدعوى كأن لم تكن :

اعتبار الدعوى كأن لم تكن. م ٧٠ مرافعات. عدم تعلقه بالنظام العام ليس لغير من لم يتم اعلانه التمسك به.

(الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٢٨ س ٣١ ص ١٨٨٨)

اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم اعلان صحيفتها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ قيدها. جوازى لمحكمة الموضوع بلا رقابة محكمة النقض. م ٧٠ مرافعات.

(الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/١٠ س ٣٣ ص ١٢٧١)

سادسا : الحكم فى الدعوى :

رفض الدعوى. مؤداه. زوال اثرها فى قطع التقادم.

(الطعن رقم ٢٠٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ س ٢٥ ص ١٥٠٢)

اغفال الحكم المستأنف الفصل فى احد الطلبات. مؤداه. عدم جواز الطعن فى هذا الشق بالاستئناف. م ٢١١ مرافعات. علة ذلك.

(الطعن رقم ٩٩٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

مصاريف الدعوى :

الحكم على الخصم بالمصروفات. شرطه. ان يكون ذا مصلحة شخصية فى الخصومة بالاضافة الى خسارته للدعوى. م ١٨٤ مرافعات.

(الطعن رقم ٤١٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٥٧/٢/٢٣ س ٨ ص ٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/١٧ س ٢٩ ص ٢١٨)

استحقاق ربع الرسم على الدعوى عند الصلح فيها. شرطه. أن يتم فى اول جلسة تكون الدعوى فيها صالحة للمضى فى نظرها. الجلسة الأولى فى معنى المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية المضافة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ والمادة ٧١ من قانون المرافعات. مناطها بتمام الاعلان أو اعادة الاعلان حسب الأحوال.

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٣/١١/١٥)

عدم تسليم المدعى عليهم فى دعوى صحة التعاقد بالحق المدعى به قبل رفع الدعوى. القضاء بالزامهم بالمصروفات. لا خطأ.

(الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

ثامنا : أنواع من الدعاوى :

الدعوى البوليصية :

الدعوى البوليصية. ما هيتها. دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنه. الحكم الصادر فيها لصالح الدائن. لا يمس صحة العقد الصادر من المدين. مؤدى ذلك. عدم عودة ملكية العين الى المدين وانما رجوعها فقط الى الضمان العام للدائنين.

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٦ /١٩٨٨/١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/١٣) س ٣٣ ص ٥٠٨)

الدعوى البوليصية. ما هيتها. اثر الحكم الصادر فيها. عدم قبولها إذا كان القصد منها ثبوت ملكية العين للمدعى أو تقرير افضلية عقد شرائه للعين على عقد آخر صادر من ذات المتصرف أو احد ورثته. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٣٦٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ - الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٠ ق)

(قرب نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٠ س ٣٢ ص ١٥٤٩)

دعوى الضمان :

دعوى الضمان. استقلالها عن الدعوى الأصلية. عدم اعتبارها دفعا أو دفاعا فيها . مؤداه . لطالب الضمان حق الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الاصلية لأنه انهى الخصومة قبله . لا يغير من ذلك أن يكون للضامن حق الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية باعتباره خصما لمنازع طالب الضمان وان ميعاد طعنه لا يبدأ الا من تاريخ الحكم في طلب الضمان الذي تتهيء به الخصومة قبله .

(الطعن رقم ١٧٩٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٢١ - الطعن ٢٢ لسنة ٤٩ ق)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/٨ س ٢٦ ص ١٣٥)

دعوى الضمان الفرعية. استقلالها عن الدعوى الأصلية ، اثر ذلك . وجوب رفعها بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . عدم جواز ابدائها بطلب عارض أو رفعها بإعلان يقدم إلى المحضرين مباشرة . وجوب قيدها بقلم الكتاب . مخالفة ذلك . أثره . اعتبار دعوى الضمان غير مقبولة . تعلق ذلك بالنظام العام . المادتان ٦٣ و ١١٩ مرافعات .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/١٩ س ٣٠ ع ١ ص ٨٥٩)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٤ س ٢٩ ع ١ ص ١٤٦٢)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١٢/٤ س ٢٥ ص ١٣٥١)

دعوى الضمان إستقلالها بكيانها عن الدعوى الاصلية . عدم إعتبارها دفاعاً ولا دفعا فيها لكل منهما ذاتيتها.مؤداه.جواز الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية دون انتظار الفصل في طلب الضمان. م ١٢٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٧٦١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

(الطعن رقم ٢ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

الدعوى غير المباشرة :

الدعوى غير المباشرة . وجوب رفعها باسم المدين ليكون المحكوم به حقا له ويدخل في عموم أمواله ضمانا لحقوق دائنيه. الدعوى التي ترفع باسم الدائن استعمالا لحق مباشر له وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه. دعوى مباشرة .

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ س ٢٦ ص ٨٤٤)

(نقض جلسة ١٩٧٢/١/٢٣ س ٢٣ ص ١٠١)

الدعوى غير المباشرة . ما هيتها . المادتان ٢٣٥، ٢٣٦ مدني . نيابة الدائن عن مدينه مصدرها القانون. تمسكه بالدفوع والدفاع في مواجهة الخصم . شرطه. فرض الحراسة الادارية على المدين - مانع قانوني لوقف سريان التقادم في حقه - ليس للدائن التمسك به . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

الدعوى غير المباشرة . نطاقها . اكتساب حق المرور لصالح الأرض المحبوسة عن الطريق العام . خروجه عن نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤١١ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

دعوى صحة الحجز :

أمر الحجز التحفظي الصادر من قاضي الاداء أو قاضي التنفيذ . وجوب طلب الحكم بثبوت الحق وصحة الحجز خلال الميعاد والا اعتبر الحجز كأن لم يكن. المادتان ٢١٠ و ٣٢٠ مرافعات. وجوب رفع دعوى ثبوت الحق بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى. اثر مخالفة ذلك. عدم القبول. اعتبار طلب الاداء بديلا لصحيفة الدعوى. شرطه. توافر شروط استصدار أمر الاداء في الدين.

(الطعن رقم ٨٦٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٤ س ٢٩ ع ١ ص ١٤٦٢)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٧ س ٣٠ ع ١ ص ٧٣٦)

(قرب نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ الطعن ٤٩٣ لسنة ٤٩ ق)

دعاوى الحيازة :

الجمع بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالحق. محظور م ٤٤ مرافعات. دعاوى الحيازة. مقصودها. طلب تثبيت الملكية وكف المنازعة ومنع التعرض. عدم اعتباره بمثابة جمع بين دعوى الحق ودعوى الحيازة.

(الطعن رقم ١٦٨٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ س ٣٢ ص ١٠٠٠٣)

دعاوى وضع اليد. أساسها. تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد. العبرة بمن توافرت له الحيازة المادية. عدم الاعتداد بالأعمال التى تتم على سبيل التسامح. علة ذلك. المادتان ٩٤٩، ٩٦٣ مدنى.

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

وضع اليد. وقوعه على العقار المفرز والحصة الشائعة فيه. مؤداه. للشريك على الشيوع اقامة دعاوى الحيازة لدفع التعرض الواقع له أيا كان المتعرض ولو كان احد شركائه على الشيوع. علة ذلك.

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

دعوى صحة التوقيع :

دعوى صحة التوقيع. ما هيتها. الحكم الصادر فيها لا ينصب الا على التوقيع الموقع به على الورقة. قيامه مقام تصديق الموظف المختص على التوقيع. تقادمها بمضى خمس عشر سنة من تاريخ التوقيع على الورقة. لا ارتباط بينها وبين التزام البائع بضمان التعرض المقرر بالمادة ٣٤٩ مدنى.

(الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(الطعن رقم ١٩٤٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٤/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١١/٢٥ س ٣١ ع ٢ ص ١٩٤٠)

(نقض جلسة ١٩٥٢/٣/٦ س ٣ ص ٦٤٠)

(نقض جلسة ١٩٥١/٥/٣ س ٢ ص ٧٩٥)

دعوى التعويض :

٣ - التزام المحكمة المدنية بوقف الدعوى حتى يفصل فى الدعوى الجنائية. شرطه.

(الطعن رقم ١٩٦١ لسنة ٥٠ ق. جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

- ر -

رســـوم

الرسوم القضائية :

الاعفاء من الرسوم القضائية. قاصر على الطعون المرفوعة من الحكومة دون غيرها إلا بنص خاص.

(الطعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)

استحقاق ربع الرسم على الدعوى عند الصلح فيها. شرطه. أن يتم فى أول جلسة تكون الدعوى فيها صالحة للمضى فى نظرها. الجلسة الأولى فى معنى المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية المضافة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ والمادة ٧١ من قانون المرافعات. مناطها. بتمام الاعلان أو إعادة الاعلان حسب الأحوال.

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠ الطعن ٧٧٦ لسنة ٤ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١/١٣ الطعن ٢٠٥٤ لسنة ٥٤ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١١/١٥ - الطعن ٢١١ لسنة ٥٠ ق)

إجراءات التقاضى. تعلقها بالنظام العام. مؤداه. على المحكمة متى رفعت اليها الطلبات المتعلقة بتقدير الرسوم القضائية فى صورة دعوى أن تقضى بعدم قبولها من تلقاء نفسها.

(الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٢/١٢/٣٠ س ٢٣ ص ٦٠٩)

الرسوم القضائية. المنازعة فى مقدارها يكون بطريق المعارضة فى امر التقدير. المنازعة فى اساس الالتزام بها ومداه والوفاء بها. يكون بالاجراءات العادية. المادتان ١٧، ١ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ معدل بقانون ٦٦ لسنة ١٩٦٤)

(الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٦ – الطعن ١١٤٤ لسنة ٥١ ق)
(جلسة ١٩٦٦/٥/١١ س ١٧ ص)

الرسوم المستحقة على الدعوى – التزام المدعى بأدائها كاملة. تحصيلها من المحكوم لصالحه أو من المحكوم عليه بعد صيرورة الحكم نهائيا. جائز. م ١٤ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤.

(الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/٦ – الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٥٣ ق)

تقدير الرسم النسبى فى دعاوى طلب الحكم بصحة العقود او ابطالها او فسخها. يكون بقيمة الشيء المتنازع فيه. م ٧٥ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤. تقدير رسوم الاستئناف. العبرة فيه بقيمة الحق موضوع الاستئناف سواء قضى به استئنافيا للمستانف أو تأيد ما قضى به للمستأنف عليه.

(الطعن رقم ٨٤٦ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ س ٢٩ ص ١٧٢٩)

أمر تقدير الرسوم القضائية. المنازعة فيه حول مقدار الرسم الذى يصح اقتضاؤه. وجوبها بطريق المعارضة.

امتداد المنازعة الى أساس الالتزام بالرسم ومداه والوفاء به. وجوب سلوك إجراءات المرافعات العادية. مخالفة ذلك. أثره. التزام المحكمة بالحكم من تلقاء نفسها بالحكم بعدم قبول المنازعة لتعلق إجراءات التقاضى بالنظام العام. المادتان ١٧ و ١٨ ق. ٩٠ لسنة ١٩٤٤.

(الطعن رقم ١٨٨١ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ س ٢٣ ص ٦٠٩)

استحقاق ربع الرسم على الدعوى عند الصلح فيها. شرطه. أن يتم فى أول جلسة تكون الدعوى فيها صالحة للمضى فى نظرها. الجلسة الأولى فى معنى المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية المضافة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ والمادة ٧١ من قانون المرافعات. مناطها.

(الطعن رقم ٢٠٨٩ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

(الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٠ ق – جلسة ١٩٨٣/١١/١٥)

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(الطعن ٢٠٥٤ لسنة ٥٤ جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

الرسوم المستحقة على الدعوى. الأصل التزام المدعى بأدائها. جواز تحصيلها من المحكوم ضده بعد صيرورة الحكم نهائيا. م ١٤ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدل.

(الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٨٨٩ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٧/١٢/٦)

رسوم إنذار التكليف بالوفاء :

الرسم المستحق على انذار التكليف بالوفاء. اعتباره من المصاريف والنفقات الفعلية الواجبة الاداء لتوقى الحكم بالاخلاء. اغفال الحكم دفاع المؤجرة فى هذا الشأن. قصور.

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٥٠ ق – جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

رسوم التوثيق والشهر :

الحكم الصادر فى التظلم من أمر تقدير الرسوم التكميلية المستحقة للشهر العقارى. عدم قابليته للطعن متى فصل فى المنازعة بشأن تقدير الرسوم متى رفعت الدعوى وفق إجراءات صحيحة أمام محكمة مختصة. فصله فى منازعات أخرى أو كانت الدعوى قد رفعت بغير الطريق القانونى. أثره. خضوعه للقواعد العامة فى الطعن. م ٢٦ ق ٧٠ لسنة ١٩٦٤.

(الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ع ٣ ص ١٦٦)

رسوم النقل البحرى :

منع التخفيض المنصوص عليه فى المادة ١٩ من قانون رسوم الارشاد رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣. مناطه.

إطراح ما تمسكت به الطاعنة امام محكمة الاستئناف من مستندات والالتفات عن مناقشتها وبحث دلالتها لبيان مدى توافر شروط منح التخفيض. قصور في التسبيب.

(الطعن رقم ٢٧١٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

- ص -

صلح

توثيق المحكمة لعقد الصلح. شرطه. عدم مخالفته لنظام العام. م ٥٥١ مدني (مثال بشأن بيع الاجنبي)

(الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ س ٢٨ ص ١٢٠١)

استحقاق ربع الرسم على الدعوى عند الصلح فيها. شرطه. ان يتم في أول جلسة تكون الدعوى فيها صالحة للمضي في نظرها. الجلسة الأولى في معنى المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية المضافة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ والمادة ٧١ من قانون المرافعات. مناطها. بتمام الاعلان أو إعادة الاعلان حسب الاحوال.

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٣/١١/١٥)

تصديق القاضي على الصلح. اساسه سلطته الولائية لا القضائية. مؤدى ذلك. ما حصل امامه من اتفاق وتوثيقه ليس له حجية الشيء المحكوم فيه وإن أعطى شكل الاحكام عند اثباته. م ١٠٣ مرافعات.

(الطعن رقم ١٢٣٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

ق

قانون - قرار إداري - قضاء مستعجل - قضاة قوة الأمر المقضي.

قانون

سريان القانون :

سريان أحكام القانون الجديد. نطاقه. عدم جواز انسحاب القانون الجديد على ما يكون إنعقد قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع. خضوع العقد للقانون الذي أبرم في ظله. الاستثناء - صدور قانون جديد يتضمن أحكام متعلقة بالنظام العام. وجوب اعمالها على العقود السارية وقت العمل به بأثر فوري.

(الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ع ٢ صـ ٩٣٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١٧ س ٣٣ ع ١ صـ ٢٥٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٧ س ٣٢ صـ ٤٢٥)

١ - القواعد الموضوعية والاجرائية المتعلقة بتقدير الأجرة الواردة في القانون ١٣٦ السنة ١٩٨١. اقتصار سريانها على الأماكن المرخص في إقامتها بعد العمل بأحكامه في ١٩٨١/٧/٣١. مؤداه. القواعد الموضوعية بتقدير الأجرة في القوانين السابقة والقواعد الإجرائية المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام الواردة في القانون ٤٩ لسنة ١١٧٧. استمرار سريانها على الأماكن غير الخاضعة لأحكام تقدير الأجرة بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١. عله ذلك.

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

القوانين. سريان أحكامها من تاريخ نفاذها ما لم ينص على سريانها بأثر رجعي. الواقعة المنشئة للالتزام بالاكتتاب في سندات الاسكان كشرط للترخيص ببعض انواع المباني - هي إصدار ترخيص البناء. الترخيص الصادر في ظل القانون ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ قبل تعديله بالقانونين ٢ لسنة ١٩٨٢، ٣٠ لسنة ١٩٨٣. بقاؤه محكوما بهذا القانون.

(الطعن رقم ١٣٧٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

القانون الواجب التطبيق

إحالة القانون إلى بيان محدد في قانون آخر. اثره. اعتباره جزءا من القانون الأول يسري بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر. الاحالة المطلقة. اثرها.

وجوب التقيد بما يطرأ على القانون المحال إليه في هذه الحالة من تعديل أو تغيير.

(الطعن رقم ٢١٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ س ٣٣ ع ٢ صـ ٢٢٥٠)

تفسير القانون

المباني السكنية ومباني الإسكان الإداري الواردة في المادة السادسة من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل. ماهيتها. ليس من بينهما المخازن. مؤدى ذلك.

عدم خضوع الأخيرة لشروط الاكتتاب في سندات الإسكان. علة ذلك. عدم اعتبار القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ تفسيرا تشريعيا لنص تلك المادة. انما تعديل جديد نظم به من جديد الحالات التي يخضع فيها الترخيص بالبناء لشروط الاكتتاب في هذه المستندات

(الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

النص العام المطلق. عدم جواز تخصيصه أو تقييده بدعوى الاستهداء بقصد المشرع منه. (مثال بشأن النص الخاص بالتجاوز عن تحصيل المبلغ المستحق على أصحاب المدارس الخاصة المجانية المعانة م ١ القرار الجمهوري ٥٢١ لسنة ١٩٧٠.

(قرب نقض جلسة ٧٩/٦/١٦ س ٣٠ صـ ٦٥٢)
(قرب نقض جلسة ٧٨/٣/١٦ س ٢٩ صـ ٧٨١)

قرار إداري

الاختصاص المقرر لمجلس الوزراء في إصدار القرارات الإدارية والتنفيذية استنادا للمادة ١٥٦/ج من الدستور انعقاده للمجلس دون رئيسه منفردا «اختلافه عن عن التفويض الممنوح لرئيس المجلس بنص المادة ٧٢ ق لسنة ١٩٧٧ مؤدى ذلك.

(الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

القرار الاداري. طالب تأويله أو الغائه أو وقف تنفيذه. خروجه من الاختصاص الولائي للمحاكم العادية.

(الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ٧٨/٢/٢٢ س ٢٩ صـ ٥٤٥)

دعوى الإلغاء. قبولها. شرطه. أن يكون القرار الاداري المطعون فيها قائما وقت رفعها. إقامتها قبل صدور ذلك القرار. اثره. عدم قبول الدعوى.

(الطلبان رقما ٧١ لسنة ٥٥ ق ٤٥ لسنة ٥٨ ق «رجال القضاء» جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

إخطار وزير العدل للطالب بأن الحركة القضائية لن تشمله بالترقية بسبب غير متعلق بتقارير الكفاية، ليس من قبيل القرارات الإدارية النهائية. مؤدى ذلك. عدم قبول طلب الغائه إلا من خلال مخاصمة القرار الجمهوري المتضمن تخطيه في الترقية.

(الطلبان رقما ٦٤، ١١٤ لسنة ٥٦ ق «رجال القضاء» جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

قضاء مستعجل

الاختصاص المقرر للقاضي المستعجل بنظر الطلب الوقتي بمحو التأشير الهامشي في سجل المحررات واجبة الشهر المتضمنة الطعن في التصرفات موضوع تلك المحررات، لا يمنع من الالتجاء إلى محكمة الموضوع في ذات الصدد وللفصل في أصل الحق. المواد ١٣، ١٥، ١٨ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

(الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

قضاه

عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى إذا سبق له نظرها قاضيا وإلا كان حكمه باطلا. المادتان ١٤٦/٥، ١٤٧ مرافعات. تعلقه بالنظام العام. جواز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض متى كانت عناصره مطروحة على محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)،
(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/١١ س ٣٠ ع ٢ صـ ١٠١)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ س ٣٠ ع ٢ صـ ٧١٨)

عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى إذا سبق له نظرها قاضيا وإلا كان حكمه باطلا. المادتان ١٤٦/٥، ١٤٧ مرافعات. تعلقه بالنظام العام. جواز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض متى كانت عناصره مطروحة على

بمحكمة الموضوع.

(الطعون ارقام ١١٢، ١١٨، ١٢١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

(نقض جلسة ٧٩/٦/٢٠ س ٣٠ ع ٢ صـ ٧١٨))

(الطعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ٨٨/١/٢٠)

المرفوع عن الحكم القطعي الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة أخرى في تلك الدعوى.

(الطعن رقم ٨٤١ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ س ٣٢ ع ١ صـ ٧٩٨)

رد القضاه:

الحكم الصادر في طلب رد قاضي محكمة الجنح والقاضي الجزئي للمحكمة المدنية. جواز استئنافه والطعن عليه بالنقض، ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا. علة ذلك. ١٦٠/١ مرافعات.

(الطعن رقم ١٤٩٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

قضاء القاضي قبل الفصل نهائيا في طلب الرد. باطل. علة ذلك.

(الطعنان رقما ١٩٢٤، ٢٠٧٨ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

وقف الدعوى كأثر لتقدير طلب الرد. ترتبه على الطلب الأول فقط.

تقديم طلب رد آخر اثره جواز الوقف بناء على طلب أحد ذوي الشأن. إخطار باقي الخصوم في الدعوى الأصلية بالجلسة المحددة لنظر طلب الرد. أثره سقوط حق من أخطر في طلب الرد إذا لم يقرر به قبل إقفال باب المرافعة. المواد ١٥٧، ١٦٠، ١٦٠ مكرر من قانون المرافعات.

(الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

(نقض جلسة ٨٢/٦/٢٤- الطعن ١٣٩ لسنة ٤٩ ق، جلسة ٥٧/١١/١٥ الطعن ١٠٩ لسنة ٥٣ ق)

إجراءات نظر طلبات رد القضاء لها طبيعة خاصة. المواد ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١/١٦٠ من قانون المرافعات. جواز الطعن بالاستئناف من طالب الرد ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا. مؤدى ذلك. اقتصار حق الطعن في الحكم الصادر في طلب الرد على طالب الرد دون القاضي المطلوب رده. علة ذلك. مثال في طعن بالنقض.

(الطعن رقم ٢٩٢٩ لسنة ٥٨ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

(نقض ٦٩/٢/٦ س ٢٠ صـ٢٦٣، ٧٨/١/٥ س ٢٩ صـ٩٦)

(الطعن رقم ٩٢١ لسنة ٤٦ ق جلسة ٨٥/١/٢٩)

(الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ٨٨/١/١٣)

مخاصمة القضاه:

الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها. اقتصاره على ما يرد في تقرير المخاصمة والأوراق المودعة معه. عدم جواز تقديم أوراق أو ادلة أخرى من المخاصم في هذه المرحلة. مؤدى ذلك. عدم قبول طلب توجيه اليمين الحاسمة دون الركون إليه في تقرير المخاصمة أو طلب ضم ملف الجنحة موضوع دعوى المخاصمة. المادتان ٤٩٥، ٤٩٦ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٤- الطعن ٥٣ لسنة ٤٩ ق)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٣ س ٣٢ صـ ١٢٤٤)

حق المحكمة في المرحلة الأولى من دعوى المخاصمة في استعراض أسباب المخاصمة وادلتها للحكم بقبول المخاصمة أو بعدم قبولها. التعويض الذي يطالب به القاضي في دعوى المخاصمة. للمحكمة القضاء به إن كان له وجه عند الحكم بعدم جواز المخاصمة. القضاء بالتعويض الذي يطالب به المخاصم. لا محل له إلا عند الفصل في موضوع المخاصمة. المادتان ٤٩٦، ٤٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٠ س ٧ صـ ١٠٠١)

دعوى المخاصمة. الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها. أساسه. ما يرد في تقدير المخاصمة والأوراق المودعة معه. عدم جواز تقديم أوراق غيرها. المادتان ٤٩٥، ٤٩٦ مرافعات. مؤدى ذلك. طلب ضم اوراق وتحقيقات أخرى. مخالف للقانون ولا يتعلق به

حق لطالب المخاصمة.

(دعوى المخاصمة رقم ٢٩٨٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٩)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٣ س ٣٢ ع ١ ص ١٢٤٤، ٧٨/١/٢٤ س ٢٩ ص ٢٨٦)

الادعاء بتغيير القاضي أو عضو النيابة للحقيقة في حكم أو قرار. سبيله. مخاصمتهما. م ١/٤٩٤ مرافعات. خضوع هذا الإدعاء للتنظيم الوارد بقانون - الاثبات. مؤداه. وجوب ابدائه أمام قاضي المحكمة المنظور امامها دعوى المخاصمة دون غيرها. اختلاف هذا الادعاء عن دعوى التزوير الأصلية. ماهية كل منهما. عدم سلوك سبيل الادعاء بالتزوير في دعوى المخاصمة مانع من قبول دعوى التزوير الأصلية التي ترفع من بعد. علة ذلك (مثال).

(الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

عدم مسئولية القاضي عما يصدر عنه من تصرفات اثناء عمله. الاستثناء. مسئوليته إذا انحرف عن واجبات وظيفته أو اساء استعمالها. أحوال مساءلته عن التضمينات ورودها على سبيل الحصر. م ٤٩٤ مرافعات.

(الطعون ارقام ٢٢٣٠، ٢٢٧٩، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ٨٨/٦/٢٨)
(نقض جلسة ٦٢/٣/٢٩ س ١٣ ص ٣٦٠)

أحوال مخاصمة القاضي أو عضو النيابة. م ٤٩٤ مرافعات. الغش والتدليس والغدر والخطأ الجسيم. ماهية الخطأ الجسيم. وقوع القاضي في غلط فاضح أو إهمال مفرط ماكان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي. تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أقوال الشهود وما خلص إليه بعد إمعان النظر واجتهاد في الحل القانوني للمسألة المطروحة عليه. لا خطأ.

(الطعون ارقام ٢٢٣٠، ٢٢٧٩، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ٨٨/٦/٢٨)
(نقض جلسة ٦٢/٣/٢٩ ص ٣٦٠)

ترقية القضاه:

ترقية القضاة وأعضاء النيابة إلى رؤساء بالمحاكم ورؤساء نيابة أساسها. الأقدمية مع الأهلية. المادتان ٤٩، ١٣٠ ق ١٩٧٢/٤٦ الأهلية الواجب توافرها للترقية. عناصرها. انتقاص أهلية القاضي أو عضو النيابة ومجانيته للصفات التي تتطلبها طبيعة وظيفته اثره. للجهة الادارية نزولا على مقتضيات المصلحة العامة أن تتخطاه في الترقية إلى من يليه.

(الطلبان رقما ٦٤، ١١٤ لسنة ٥٦ ق «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

ثبوت أن الوقائع التي نسبت إلى الطالب لا تبلغ حدا من الجسامة يبرر تخطيه في الترقية. مؤداه. اعتبار قرارات تخطيه في الترقية استنادا إلى تلك الوقائع معيبة بإساءة استعمال السلطة.

(الطلبان رقما ٧١ لسنة ٥٥ ق، ٤ لسنة ٥٨ ق «رجال القضاء» جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

احتفاظ الوزارة للطالب بدرجته حتى يتم التصرف في الشكاوى المقدمة ضده. عدم افصاح الوزارة عن نيتها في مخالفة هذه القاعدة المقررة لمصلحة الطالب إلا عند إخطاره بقرار مجلس القضاء الأعلى بإقرار تخطيه في الترقية مؤداه. وجوب احتساب ميعاد الطعن على القرارات الجمهورية المتضمنة تخطيه في الترقية من تاريخ هذا الإخطار.

(الطلبان رقما ٧١ لسنة ٥٥ ق، ٤ لسنة ٥٨ ق «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

إعارة القضاه:

(١) القرار السلبي لجهة الادارة بامتناعها عن الموافقة على إعارة القاضي. قرار إداري. جواز الطعن فيه أمام محكمة النقض.

(الطلب رقم ١١ لسنة ٥٨ ق «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٦)

(٢) إعارة القضاة إلى الحكومات الأجنبية والهيئات الدولية. متروك لجهة الادارة تمارسه في حدود المصلحة العامة. رفض جهة الادارة. إعارة الطالب اتباعا لقاعدة عامة مؤداها وجوب ملاءمة العمل المطلوب الإعارة إليه مع وظيفته - مستهدفة بذلك المصلحة العامة. لا خطأ.

لا ينال من ذلك صدور قرارات مغايرة دعت إليها ظروف إصدارها .

(الطلب رقم ١١ لسنة ٥٨ «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٦)

إستقالة القضاه :

وزير العدل هو الرئيس الادارى المسئول عن اعمال وزارته وإدارتها وصاحب الصفة فى خصومة الطلب المتعلق بالقرار الذى اصدره بقبول استقالة الطالب . اختصام رئيس الجمهورية ورئيس مجلس القضاء الأعلى ومساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائى . غير مقبول

(الطلب رقم ١٠ لسنة ٥٧ ق «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

(٢) الإكراه المبطل للرضا . تحققه بتهديد المتعاقد بخطر جسيم يحدق بالنفس أو المال أو باستعمال وسائل لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويؤدى إلى قبول المتعاقد ما لا يقبله اختيارا .

(الطلب رقم ١٠ لسنة ٥٧ «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

(٣) تقدير الإكراه . مقتضاه . مراعاة جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه .

(الطلب رقم ١٠ لسنة ٥٧ ق «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

معاش القضاه :

الوظائف القضائية التى تعادل درجة نائب الوزير وتعامل معاملته من حيث المعاش . ماهيتها . الوظائف الأرقى منها . عدم معادلتها بدرجة نائب الوزير أو معاملتها معاملته من حيث المعاش أيا بلغ مرتب من يشغلها .

(الطلب رقم ١١ لسنة ٥٧ ق «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

صندوق الخدمات الصحية الاجتماعية :

صندوق الخدمات الصحية والاجتماعية . وقف انتفاع عضو الهيئة القضائية السابق بخدماته إذا التحق بعمل أو مارس أية مهنة . عودة حقه فى الانتفاع بها من تاريخ ترك العمل أو المهنة . ترك الطالب عمله بالمحاماة . مناطه . نقل اسمه إلى جدول المشتغلين . مؤدى ذلك تسوية حقه فى المبلغ الشهرى الاضافى من تاريخ هذا النقل .

(الطلب رقم ٨٥ لسنة ٥٧ ق «رجال القضاء» - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣

قوة الأمر المقضى

المنع من إعادة نظر النزاع فى المسألة المقضى فيها . شرطه . (مثال)

(الطعن رقم ٢٤٧٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٦)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٨ س ٣٢ ص ١١٦٣)

اكتساب الحكم النهائى قوة الأمر المقضى . شرطه . مالم تنظر فيه المحكمة بالفعل . لايمكن أن يكون موضوعا لحكم يجوز قوة الأمر المقضى .

(الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢١ س ٣٣ ص ١٦٠)

القضاء فى المسألة الأساسية الواحدة بين ذات الخصوم . اكتسابه قوة الأمر المقضى .

(الطعن رقم ١٩٥١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٢١ س ٣٠ ع ٢ ص ١٥٣)

المنع من إعادة النظر فى المسألة المقضى فيها . شرطه . القضاء النهائى . اكتسابه قوة الأمر المقضى . اثره . مالم تفصل فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى .

(الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)
(نقض جلسة ٨٢/١١/٢١ س ٣٣ ص ٩٧٧)

المنع من إعادة نظر النزاع فى المسألة المقضى فيها . شرطه . أن تكون هذه المسألة أساسية ويكون الطرفان قد تناقشا فيها فى الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول . وتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه فى الدعوى الثانية أى من الطرفين قبل الآخر .

(الطعنان رقما ٢٠١٧ لسنة ٥٤ ، ٢٥٦٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ٨٢/١/١٤ س ٣٣ ص ٧٠٦)

حجية الأمر المقضي. ورودها على منطوق الحكم وما ارتبط به من أسباب ارتباطا وثيقا. شرطها. وحدة المسألة في الدعويين. مالم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم حائز لقوة الأمر المقضي. تضمين أسباب الحكم بعض قضائه دون النص على هذا القضاء في منطوقه لا عيب (مثال بشأن التطليق للإيذاء والتطليق للفرقة)

(الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٥٧ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

القضاء السابق في مسألة أساسية، اكتسابه قوة الأمر المقضي مانع الخصوم من العودة للتنازع فيها في أية دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها.

(الطعن رقم ١٤٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

احكام لها قوة الأمر المقضي:

الحكم نهائيا برفض التدخل الاختصامي في دعوى صحة التعاقد لعدم توافر شروط اكتساب طالب التدخل ملكية العين المبيعة. حيازته قوة الأمر المقضي في دعواه التالية بطلب تثبيت ملكيته لذات العين لنفس السبب مع وحدة الظروف.

(الطعن رقم ١٣٠٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

قوة الأمر المقضي. امتدادها إلى الحكم بالتعويض المؤقت.

(الطعن رقم ٢١٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

الحكم الذي يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدوره وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلا في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده إذ أنه خلف خاص له.

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

الحكم النهائي ثبوت الحجية له ولو خالف حكما سابقا أو بني على قاعدة أخرى غير صحيحة في القانون. علة ذلك. اعتداد الحكم المطعون فيه بالحكم الصادر في ١٩٥٦/٢/١٢ دون الحكمين اللاحقين له في ١٩٧٤/٤/٧. إهدار لقوة الأمر المقضي.

(الطعن رقم ١٨٣٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

أحكام ليس لها قوة الأمر المقضي:

القرار الصادر في منازعة إيجارية. لا يحوز قوة الأمر المقضي في دعوى الملكية التي يرفعها مدعي الملكية ضد المؤجر.

(الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٥٤/١١/٢٥ س ٥ ص ١٦٥)

اثر قوة الأمر المقضي:

قوة الأمر المقضي. تسمو على اعتبارات النظام العام القضاء برفض الدفع بعدم الاختصاص. صيرورته نهائيا بعدم استئنافه. عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٥٢٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٣١ س ٣٣ ع ١ ص ٦٢٢)

قوة الأمر المقضي. أثرها. (مثال بشأن قسمة)

(الطعن رقم ٢١٣٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٦٤/٥/٢١ س ١٥ ع ٢ ص ٧١٦)

قوة الأمر المقضي مانعة للخصوم أنفسهم من العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل فيها الحكم ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها. لا يغير من ذلك أن يكون الفصل في تلك المسألة واردا في أسباب الحكم السابق. علة ذلك (مثال في ملكية).

(الطعن رقم ١٧٤٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٤/١٤ س ٢٧ ع ١ ص ٩٥٧)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ س ٢٧ ع ١ ص ١٣٥٨)

الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي. أثره. منع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة الأساسية التي فصل فيها بأي دعوى تالية.

(الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

محــــــاماه

نيابة المحامى عن الخصم :

علاقة الخصوم بوكلائهم . عدم جواز تصدى المحكمة لها طالما لم ينكر صاحب الشأن وكالة وكيله . مباشرة المحامى للإجراء قبل صدور التوكيل ممن كلفه به . جائز ولو لم يكن ثابتا قبل اتخاذ الاجراء . إجراءات الأخذ بالشفعة . لم يستلزم القانون لمباشرتها وكالة خاصة .

(الطعن رقم ٨٢٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ٧٩/٥/١٧ س ٣٠ ص ٣٧٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٦ س ٣١ ص ٤١٣)

الدفع بأن محامى المستانفين غير مقبول للمرافعة أمام الاستئناف . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/٢٨ س ٣٣ ع ١ ص ٤٣١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٥ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٢٥)

توافر صفة الوكالة بالخصومة . استقلال محكمة الموضوع باستخلاصها من مستندات الدعوى وظروف الحال .

(الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

حق الموكل فى عزل وكيله المحامى . وجوب عدم التعسف فى استعماله . عزله له فى وقت غير مناسب أو بلا مبرر مقبول . اثره . التزام الموكل بكامل الأتعاب المستحقة عند إتمام المهمة الموكلة إلى المحامى . المادتان ٥/٧ مدنى و ١٢٠ ق المحاماه رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨م

(الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

تقديم محامى الشركة الطاعنة صورة رسمية من قرار التفويض الصادر من مجلس إدارة الشركة لرئيسها المتضمن التصريح له بتوكيل محام ذى مكتب خاص مباشرة الدعاوى بما فيها الطعن بالنقض ، اتفاقه ونص م ١ ق ٤٧ لسنة ٧٣ . صدور هذا التفويض سابقا على التقرير بالطعن . أثر ذلك .

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٧/٦/١٤ (الطعن ١٦٧٠ لسنة ٥٤ ق)

وجوب إيداع التوكيل الصادر من الطاعن إلى من وكل المحامى فى الطعن بالنقض . عدم تقديم هذا التوكيل حتى حجز الطعن للحكم . أثره عدم القبول - لا يغير من ذلك الاشارة إلى رقمه فى التوكيل الصادر إلى المحامى الذى رفع الطعن - علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٣١٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

واجبات المحامى :

حظر حضور المستشار السابق كمحام أمام المحاكم الإبتدائية وما دونها . نطاقه . مخالفة ذلك . أثره . مخالفة مهنية لا تستتبع تجريد العمل الذى قام به من آثاره القانونية ولا تنال من صحته .

(الطعن رقم ٩١٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٩)

جزاء عدم إستئذان المحامى الموكل فى رفع الطعن ضد زميل له رئيس النقابة الفرعية . ق ١٧ لسنة ١٩٨٣ . عدم تعلقه بالنظام العام .

(دعوى المخاصمة رقم ١٨٠٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

اتعاب المحامى :

أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها . عناصر جوهرية تدخل فى تقدير أتعابه . التزام الحكم باستظهارها عند القضاء بالأتعاب

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٨ س ٣٠ ص ٥١١)

اللجنة المختصة بنقابة المحامين بتقدير اتعاب المحامى. مناط اختصاصها. عدم وجود إتفاق كتابى عليها. المادتان ٨٢، ٨٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣. التمسك بعدم اختصاصها لوجود اتفاق مكتوب. دفاع جوهرى. عدم الرد عليه وبحث دلالة

الاتفاق. قصور.

(الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٣١)

الحكم ببطلان قرار تقدير أتعاب المحامي لعيب في إجراءات إصداره. مؤداه. زوال الأثر المترتب على رفع دعوى التظلم من هذا القرار في قطع التقادم. عدم امتداد البطلان إلى طلب التقدير بقاؤه منتجا أثره في قطع التقادم. أثر ذلك. عودة التقادم إلى السريان من تاريخ تقديم طلب التقدير.

(الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(قرب نقض جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١ س ٢٠ صـ ١١٣٨)

(١٩٨٤/٤/١٨ الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٤ ق

محكمة الموضوع

سلطتها فى التكييف :

تكييف الدعوى

التزام قاضي الدعوى بإسباغ الوصف القانوني عليها دون التقيد بتكييف الخصوم لها في حدود سبب الدعوى. العبرة بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التي صيغت بها.

(الطعن رقم ٢١٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

(نقض ١٩٨١/٤/٢٢ س ٣٢ صـ ١٢١٢)

(١٩٨٧/٣/٢٦ - الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٥٣ ق)

تكييف المدعى لدعواه. لا يقيد القاضي ولا يمنعه من بحث حقيقة الطلبات وإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح. (مثال: طلب الأجنبي تعيين الشقة المتعاقد عليها حتى يتسنى له اتخاذ إجراءات الحصول على موافقة مجلس الوزراء على تملكها. لا يتأدى منه وجوب إثبات تقدمه بهذا الطلب إلى مجلس الوزراء أو موافقة هذا المجلس عليه.

(الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

محكمة الموضوع. التزامها بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح. عدم تقيدها بتكييف الخصوم لها.

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/١ س ٣٢ ع ١ صـ ٨٩)

إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح. محكمة الموضوع مقيدة بالوقائع وبالطلبات المطروحة عليها.

(الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٢ س ٣٢ صـ ١٢١٢)

التزام محكمة الموضوع بتكييف الدعوى تكييفها القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم لها. مناطه حقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التي صيغت بها.

(الطعن رقم ١٠٧٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض :

تكييف محكمة الموضوع للفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ من عدمه. خضوعه لرقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٤١٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢١ س ٣٣ صـ ١٦٠)

سلطتها فى التفسير :

تفسير المستندات المقدمة في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع بما لا يخرج عن عباراتها الواضحة.

(الطعن رقم ٢٢٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

سلطة محكمة الموضوع في تفسير المستندات والإقرارات والإتفاقات والمشارطات وسائر المحررات بما تراه أدنى إلى نية أصحاب الشأن فيها. شرطه. ألا تخرج عن المعنى الذي تحتمله عباراتها وأن يكون ما انتهت إليه سائغا مقبولا.

(الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٧ س ٣٣ صـ ٦٨٧)

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتفسير المحررات. من سلطة محكمة الموضوع. لا رقابة لمحكمة النقض عليها طالما لم تخرج بالتفسير عن المعنى الذي تحمله عبارات

المحرر.

(الطعن رقم ٢٣٦٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

مسائل الواقع : وتقدير الأدلة :

تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وما يقدم من ادلة . من شأن قاضى الموضوع مادام من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى خلص إليها .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها. تستقل به محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة تؤدى إلى ما انتهت اليه .

(الطعن رقم ١٨٣١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٣٣ ص ٧٢٦)

تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها. من سلطة محكمة الموضوع ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٣٣ ص ٧٢٦)

لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير مايقدم إليها من أدلة واستخلاص ما تطمئن إليه منها متى كان استخلاصها سائغا وله أصل ثابت بالأوراق .

(الطعون ارقام ٣٠٤، ٦٥٣، ٧٩٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ س صـ١٠١٢)

فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها . استقلال محكمة الموضوع به متى اقامت قضاءها على أسباب تكفى لحمله .

(الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ٨٢/٦/١٠ س ٣٣ ص ٧٢٦)

قاضى الموضوع. له السلطة فى فهم الواقع فى الدعوى . حسبه أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها . لا عليه أن يتتبع الخصوم فى مختلف اقوالهم وحججهم وطلباتهم والرد استقلالا على كل منها مادام فى قيام الحقيقة التى اقتنع بها وارد دليلها الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات .

(الطعن رقم ٢٤٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢١)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨ س ٣٢ ع ٢ ص ٤٥٨)

لمحكمة الموضوع سلطة بحث وتقدير ما يقدم لها من دلائل ومستندات وترجيح ما تطمئن اليه منها واستخلاص ما تراه متفقا مع واقع الدعوى.

لمحكمة الموضوع سلطة بحث وتقدير ما يقدم لها من دلائل وترجيح ما تطمئن اليه منها واستخلاص نية المتعاقدين على التفاسخ الضمنى وتحصيل فهم الواقع فى الدعوى عدم التزامها بإجابته متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥ س ٢٦ ص ١٣٠٢)

محكمة الموضوع. سلطتها فى فهم الواقع وتقدير الأدلة فى الدعوى. مناطها.

(الطعن رقم ١١٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٤ س ٣٢ ع ٢ ص ٢٢٨٢)

فهم الواقع وتقدير الأدلة فى الدعوى. من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة .

(الطعنان رقما ١٨٢٩، ١٨٧٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)
(نقض ٨١/٦/٩ س ٣٢ صـ١٧٦١)

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير ادلة الدعوى واستخلاص الواقع منها . شرطه إفصاحها عن مصادر الأدلة التى كونت منها عقيدتها وفحواها ومأخذها من الأوراق ليكون تقديرها مؤديا إلى النتيجة التى انتهى إليها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)
(الطعن رقم ٢٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)
(نقض ١٩٨٧/١/١٤ - الطعن رقم ١٢٦١ لسنة ٥٢ ق)

تقدير أدلة الدعوى واستخلاص الواقع منها. من سلطة محكمة الموضوع. شرط ذلك. إفصاحها عن مصادر الأدلة وفحواها وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق ومؤديه إلى النتيجة التى خلصت إليها. علة ذلك.

(الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٥٨ - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ٨٢/٤/٨ س ٣٣ ع ١ صـ ٣٨٧)

سلطة محكمة الموضوع فى استخلاص الحقيقة التى اقتنعت بها مادام استخلاصها سائغا وله أصل ثابت بالأوراق. عدم التزامها بتتبع الخصوم فى كافة مناحى دفاعهم والرد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها أو دفاع لم يقدم دليله مادام فى قيام الحقيقة الرد الضمنى المسقط لتلك الحجج والأقوال.

(الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٨/٦/٢٢ ١٩٨٨)

(نقض ٥٦/٥/٣١ س ٧ صـ ٦٣٢)

لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى وفى تفسير المستندات وتقدير الأدلة والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تراه متفقا مع الواقع.

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٦/١١ س ١٩ ع ٢ صـ ١١٤١)

فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على ما يكفى لحمله وله أصله الثابت بالأوراق. عدم التزامها بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق متى وجدت فى الأوراق ما يكفى لتكوين عقيدتها.

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

تقدير أدلة الدعوى واستخلاص الواقع منها من سلطة محكمة الموضوع شرطه. إفصاحها عن مصادر الأدلة وفحواها وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

قاضى المشروع له السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وبحث الدلائل والمستندات المقدمة تقديما صحيحا وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه منها دون رقابة عليه لمحكمة النقض فى ذلك. متى أقام قضاءه على أسباب تكفى لحمله.

(الطعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

فهم الواقع فى الدعوى. من سلطة قاضى الموضوع. حسبه أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله. لا عليه إن لم يتتبع حجج الخصوم ويرد على كل منها استقلالا.

(الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

محكمة الموضوع. سلطتها فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه واستخلاص الحقيقة منها. متى كان استخلاصها سائغاً.

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

المجادلة فى تقدير الدليل. لا رقابة لمحكمة النقض فيه على محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٨٨/١٢/١١)

محكمة الموضوع. لها السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى واستخلاص ما تطمئن إليه فيه وتقدير الأدلة المطروحة وترجيح ما تأخذ به متى كان ذلك بأسباب سائغة من أصل ثابت فى الأوراق وكافيه لحمل قضائه.

(الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٥٥ - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

لقاضى الموضوع سلطة بحث ما يقدم له من الدلائل والمستندات - وموازنة بعضها البعض وترجيح ما يطمئن إليه دون رقابة لمحكمة النقض متى كان إستخلاصه سليما. مثال:

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ٨٨/١٢/٢٥)

(١) لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى استخلاص دلالة المستندات المقدمة فى الدعوى متى كان استخلاصها سائغاً وقائما على أسباب تكفى لحملة.

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها من سلطة محكمة الموضوع. متى كان سائغا له أصله الثابت

بالأوراق .

(الطعن رقم ١٤١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٣٣ ع ٢ صـ٧٢٦)

توافر الصفة :

استخلاص توافر الصفة في الدعوى ، استقلال قاضي الموضوع به. حسبه بيان الحقيقة التي اقتنع بها وإقامة قضائه على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٢/١٥ س ٢٨ صـ٤٥٤)

في المسئولية :

استخلاص الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا . عدم التزامها بتتبع الخصوم في شتى أقوالهم وحججهم .

(الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٤)
(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ صـ١٩٥٢)

(٢) استخلاص تدخل الشيء في إحداث الضرر من عدمه . واقع يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٧١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر . من سلطة محكمة الموضوع مادام استخلاصها سائغا وله مأخذه من الأوراق. الجدل في ذلك موضوعي.

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ع ٣ صـ٣٣٧)

استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر . من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغا ومستمدا من وقائع الدعوى .

(الطعن رقم ٢٠٤٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)
(نقض ٨٢/١/٢١ س ٣٣ صـ١٦٠)

علاقة التبعية . استقلال محكمة الموضوع باستخلاصها متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة .

(الطعن رقم ١٨٧٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض ٨١/٢/٣ س ٣٢ صـ٤١٥)

تقدير جسامة الخطأ من سلطة محكمة الموضوع . متى كان سائغا ومستمدا من عناصر الدعوى .

(الطعون أرقام ٢٢٣٠، ٢٢٧٩، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق جلسة ٨٨/٦/٢٨)

التعسف في استعمال الحق :

التعسف في استعمال الحق . استقلال محكمة الموضوع بتقديره متى أبانت عناصره . (مثال)

(الطعن رقم ٩٨٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٧)
(بنقض جلسة ٨١/٤/٢٥ س ٣٢ صـ١٢٥٧)

الدفع بالصورية :

الدفع بالصورية . عدم التزام محكمة الموضوع بإجابة طلب تحقيقه متى وجدت في ظروف الدعوى ما يكفي لاقتناعها بعدم جديته . حسبها أن تبين في حكمها الأسباب التي اعتمدت عليها في رفضه .

(الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٨١/٣/١٤ س ٣٢ صـ٧٤٣)

الوفاء بالالتزام :

الوفاء بالالتزام . المجادلة فيه . من مسائل الواقع . استقلال محكمة الموضوع به متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة

(الطعن رقم ١٨٧٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦ س ٣٢ ص ١٩٨٥)

مسائل الملكية :

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها والتحقق من استيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون . من سلطة محكمة الموضوع . لا عليها إن أخذت بدليل دون آخر أو أغفلت الرد على دفاع لا يقوم على سند صحيح من القانون. طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٨١٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٣٣ صـ٧٢٦)

وضع اليد المكسب للملكية بمضي المدة الطويلة .

استقلال قاضى الموضوع باستخلاصه طالما كان سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق.

(الطعن رقم ١١٢٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)
(الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٤ س ٣٠ صـ ٥٣٩)

استخلاص وضع اليد المكسب للملكية :

استقلال محكمة الموضوع به متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة . عدم التزامها بتعقب الخصوم فى كافة حججهم مادام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها واوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لإطراح هذه الحجج.

(الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٤ س ٣٠ ع ٢ صـ ٥٣٩)
(نقض جلسة ١٩٨٧/١١/٢٨ الطعن ١١٢٨ لسنة ٥٤ ق)

وضع اليد المكسب للملكية بمضى المدة الطويلة ، استقلال محكمة الموضوع باستخلاصه طالما كان سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق.

(الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٤ س ٣٠ صـ ٥٣٩)

تقدير توافر الشروط القانونية للحيازة من سلطة محكمة الموضوع لها تقدير ادلة الدعوى والوقائع المؤدية إلى كسب الملكية بمضى المدة الطويلة متى إعتمد على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ٨٨/١٢/١٨)

محكمة الموضوع ، سلطتها فى تقدير الأدلة والوقائع المؤدية إلى اكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة . شرطه . أن يكون حكمها مقاما على أسباب سائغة كافية لحمله ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها.

(الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٥٧ جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

التحقق من إستيفاء الحيازة للشروط القانونية وتقدير توافر شروط وضع اليد المكسب للملكية بمضى المدة . من سلطة محكمة الموضوع . متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ٨٨/١٢/٢٥)

ادلة الصورية :

تقدير كفاية ادلة الصورية . إستقلال محكمة الموضوع به . علة ذلك. تعلقه بفهم الواقع فى الدعوى.

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٨٨/١٢/١١)

فى مسائل الاثبات

القرائن :

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الأدلة وفهم القرائن . شرطه . ان يكون استخلاصها سائغا وان تؤدى الأسباب التى اوردتها إلى ما انتهت إليه (مثال).

(الطعن رقم ١٠٧٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٧٥/١/١٨ س ٢٦ صـ ١٤٠)

لقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى إستنباط القرائن التى يعتمد عليها فى تكوين عقيدته . مؤدى ذلك . جواز أن يعتمد على القرينة المستفادة من تحقيقات أجريت فى غيبة الخصوم أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين أو من أى تحقيق قضائى ولو كان - إجراؤه باطلا . متى كان استنباطه سائغا.

(الطعن رقم ١٤٠٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

الإقرار :

محكمة الموضوع لها السلطة فى استخلاص ما تطمئن إليه متى كان سائغاً لا يخالف الثابت بالأوراق . لها تجزئة الإقرار غير القضائى أو اعتباره دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة أو لا تأخذ به أصلا.

(الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٣ س ٣٣ ع ٢ صـ ١٢٢٩)
(نقض جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩ س ١٤ ع ٣ صـ ١١٨٧)

الإثبات بالكتابة :

تقدير ما إذا كانت الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة من عدمه . من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ١١٢٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

تقرير الخبير :

محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير الأدلة وكفايتها . شرطه . لمحكمة الموضوع الأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحة أسبابه . عدم التزامها بالرد استقلالا على ما وجه إليه من طعون أو بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق متى رأت فيه ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/١٤ س ٣٣ صـ ١١٦٣)

طلب الإحالة على التحقيق أو ندب خبير آخر أو وقف الدعوى للنزاع فى الملك . عدم التزام محكمة الموضوع بإجابته متى وجدت فى تقرير الخبير السابق ندبه وفى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها وتبينت عدم جدية النزاع على الملك فى دعوى الحساب عن الريع .

(الطعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٦ س ٣٣ صـ ٦٧٠)

حق قاضى الموضوع فى الاستعانة بالخبراء فى المسائل الفنية . له السلطة فى فهم الواقع فى الدعوى . وجوب بحث الدفاع الجوهرى للخصوم وإسباغ التكييف الصحيح على الدعوى .

(الطعن رقم ١٧٦٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)
(نقض جلسة ١٩٨٥/١/٣ - الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥١ ق)
نقض جلسة ١٩٨٥/٣/١٠ - الطعن رقم ٤٨٧ لسنة ٥١ ق)

لمحكمة الموضوع الأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحة أسبابه عدم التزامها بالرد استقلالا على ما وجه إليه من طعون أو ما ساقه الخصوم من حجج وقرائن أو بإجابة طلب الاحالة الى التحقيق متى رأت فيه ما يكفى لتكوين عقيدتها وأقامت حكمها على أسباب كافية لحمله.

(الطعن رقم ١٤٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ٨٢/١٢/١٤ س ٣٣ صـ ١١٥٣)

عدم تقيد محكمة الموضوع برأى الخبير المنتدب فى الدعوى باعتباره عنصرا من عناصر الإثبات التى تخضع لتقديرها، حسبها إقامة قضائها على ما ترى استخلاصه منها بأسباب سائغة .

(الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٧٥/٢/٣ س ٢٦ صـ ٣١٩)

محكمة الموضوع . غير ملزمة برأى الخبير الذى ندبته . حسبها إقامة قضائها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ٨١/١٢/١٤ س ٣٢ ع ٢ صـ ٢٢٨٢)

محكمة الموضوع . سلطتها فى الأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحة أسبابه . عدم إلتزامها بالرد إستقلالا على الطعون التى وجهت إليه . علة ذلك . النعى عليها فيما أوردته . جدل موضوعى . إنحسار رقابة محكمة النقض عنه .

(الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

إستناد الحكم فى استظهار الضرر الناتج من التعديلات التى اجراها الطاعن بالعين المؤجرة من معاينة خبير محكمة الدرجة الثانية وتقرير خبير مودع فى دعوى أخرى مرددة بين ذات الخصوم وقدم فى الدعوى الماثلة . لا يعيبه التفاته عن تقرير الخبير المنتدب من محكمة الدرجة الأولى . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

إقتناع محكمة الموضوع بكفاية الأبحاث التى اجراها الخبير لسلامة الأسس التى بنى عليها رأيه . استخلاصها كسب المطعون عليهم ومورثهم من قبلهم ملكية الحصة الشائعة موضوع النزاع بمضى المدة الطويلة إستنادا إلى أسباب سائغة كافية لحمل قضائها . لا عليها إن لم ترد على المستندات المقدمة من الطاعن علة ذلك . جدل موضوعى .

(الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ٨٨/٢/٢٥)

تقدير أقوال الشهود :

١ - محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير أقوال الشهود . لها الأخذ ببعض أقوالهم دون البعض الآخر وبأقوال واحد أو أكثر دون غيرهم . عدم التزامها ببيان أسباب ترجيحها شهادة على أخرى .

(الطعن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢)

تقدير أقوال الشهود . وترجيح شهادة شاهد على آخر

من سلطة محكمة الموضوع دون معقب. شرطه.

(الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

سلطة محكمة الموضوع في تقدير أقوال الشهود. شرطه أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها.

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٨٨/١٢/١١)

تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها. استقلال محكمة الموضوع به طالما كان سائغا. لها أن تبحث ما يقدم لها من مستندات وتأخذ بما تراه.

(الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
(نقض جلسة ٨٢/١٢/٣٠ س ٣٣ صـ١٢٦٤)

التزام محكمة الموضوع بالرد على دفاع الخصوم:

الدفاع الجوهري الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه. ماهيته.

(الطعن رقم ١٨٥٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧)

(الطعن رقم ١٧٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)
(نقض جلسة ٧٩/٥/١٧ س. ٣٠ ع ٢ صـ٣٧٣)

الدفاع الذي تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه. ماهيته. الدفاع الجوهري الذي يقدم الخصم دليله أو يطلب تمكينه من إثباته. عدم التزام محكمة الموضوع بتعقب حجج الخصوم وأوجه دفاعهم طالما قد بينت الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها.

(الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٦ س ٣٣ صـ٤٩٣)

الدفاع الذي تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه. ماهيته. الدفاع الجوهري الذي يقدم الخصم دليله أو يطلب تمكينه من إثباته.

(الطعن رقم ٢٢١٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٦ س ٣٣ ع ١ صـ٤٩٣)
(نقض جلسة ١٩٨٨/٣/١٦ - الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٤ ق)

محكمة الموضوع. التزامها بتمحيص كل دفاع جوهري قد يترتب على ثبوته تغيير وجه الرأي في الدعوى.

(الطعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٥ س ٣٣ ع ٢ ص ١١١٦)

التصدي للدفوع المتعلقة بالنظام العام:

الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني. تعلقه بالنظام العام. أثره. للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها ويجوز للخصم التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

موطن

الموطن الذي يحسب على أساسه ميعاد المسافة لكل خمسين كيلو مترا يبعد بها عن مقر المحكمة. م ١٦ مرافعات. مناطه. المكان الذي اتخذه الأصيل موطنا له اتخاذه موطنا مختارا في دائرة المحكمة. لا أثر له.

(الطعن رقم ٢٣٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٩)
(نقض جلسة ١٩٥٦/١١/١٨ س ٧ صـ٨٨٥)

موطن مالك السفينة:

الوكيل الملاحي للسفينة الأجنبية التي تباشر نشاط تجاريا في مصر. اعتبار مقره موطنا لمالك السفينة.

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(الطعن رقم ١٨١٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٦/٣/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٤ س ٣١ صـ٣٨٨، قرب نقض ١٩٨٥/٢/٤ الطعن ٨٧٠ لسنة ٤١ ق.

ن

نقض

- اجراءات الطعن

١ - ميعاد الطعن :-

المحكوم عليه الذي فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم

الصادر فى موضوع غير قابل للتجزئه أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين. له أن يطعن فيه اثناء نظر الطعن المقام من احد زملائه. قعوده عن ذلك. يوجب على محكمة الطعن تكليف الطاعن باختصامه.

(الطعن رقم ١٣٠٦ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦ – الطعنان رقما ٣٠٠/٤٠٩ لسنة ٥٦ ق «هيئة عامة»)

للطاعن المقيم بالخارج. إضافة ميعاد مسافه قدره ستون يوما إلى ميعاد الستين يوما المقررة للطعن بالنقض.

(الطعن رقم ١٩٢٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

٢ – التوكيل في الطعن:

عدم تقديم المحامى التوكيل الصادر من الطاعن لمن وكله فى رفع الطعن حتى حجز الطعن للحكم. أثره. عدم قبول الطعن. لا يغنى عن ذلك ذكر رقم التوكيل. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

عدم تقديم المحامى رافع الطعن التوكيل الصادر من رئيس مجلس ادارة الشركة الطاعنة الى الموظف الذى وكله حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم قبول الطعن. ذكر رقم التوكيل. لايغنى عن تقديمه.

(الطعن رقم ١٨٥٧ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

شمول التوكيل نيابة الوكيل عن الطاعن أمام جميع المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها. اتساعه لمباشرة القضايا أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٣١ س ٣١ ع ٢ ص ١٦٢٨)

عدم تقديم المحامى الموكل فى الطعن سند وكالته عن الطاعن حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم قبول الطعن. عدم كفاية ذكر رقم التوكيل فى صحيفة الطعن او الاشارة الى ايداعه فى طعن آخر. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٧٧٤ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(النقض جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ س. ٣ ع ١ ص ٣٣٨)

عدم تقديم المحامى التوكيل الصادر من الطاعنين الى وكيلهم الذى وكله فى رفع الطعن حتى حجزه للحكم. أثره. عدم قبول الطعن. م ٢٥٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٦ س ٣٣ ع ٢ ص ٨٥٢)

عدم تقديم المحامى التوكيل الصادر من الطاعن الى وكيله الذى وكله فى رفع الطعن حتى حجزه للحكم. اثره. عدم قبول الطعن. م ٢٥٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٦ س ٣٣ ع ٢ ص ٨٥٢)

وجوب ايداع سند وكالة المحامى الذى وقع صحيفة الطعن بالنقض ملف الطعن. لايغنى عن ذلك مجرد ذكر رقمه او تقديم صورة منه. م ٢٥٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)
(نقض جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٧ – الطعن رقم ٦٢٨ لسنة ٥٠ ق.
(نقض جلسة ١٩٨٦/٣/٣١ – الطعن رقم ٢٠١٤ لسنة ٥٠ ق)

عدم تقديم المحامى الموكل فى الطعن سند وكالته عن الطاعن حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم قبول الطعن عدم كفاية ذكر رقم التوكيل فى صحيفة الطعن أو الاشارة الى ايداعه فى طعن آخر. م ٢٥٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٧٧٠ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)
(نقض جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ س ٣٠ ع ١ ص ٣٣٨)

عدم تقديم المحامى المقرر بالطعن بالنقض سند وكالته عن الطاعن حتى تمام المرافعة. أثره. بطلان الطعن لرفعه من غير ذى صفة. لا يغير من ذلك الاشارة الى ايداع التوكيل فى طعن آخر أو تقديم صورته الفوتوغرافية.

(الطعن رقم ٢٧٦٨ لسنة ٥٧ ق – جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

عدم تقديم المحامى المقرر بالطعن بالنقض سند وكالته عن الطاعن حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم

قبول الطعن لرفعه من غير ذى صفه . م ٢٥٥ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٤٦٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

٣ - صحيفة الطعن :

رفع الطعن بالنقض . شرطه . توقيع صحيفته من محام مقبول امام محكمة النقض . التوكيل فى الطعن بالنقض . كفاية صدوره من اى شخص تتسع وكالته عن ذوى الشأن لتوكيل محامين للطعن بالنقض .

(الطعن رقما ١٩٢٤ ، ٢٠٧٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على بيانات الخصوم وصفاتهم وموطنهم. م ٢٥٣ مرافعات . مقصوده . صفه الطاعن التى صدر بها الحكم المطعون فيه . كفاية ورودها فى أى موضع من صحيفة الطعن .

(الطعنان رقما ١٩٢٤ ، ٢٠٧٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٩)
(الطعن رقم ١١٣٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٥/١/٣١)

اسباب الطعن . العبرة فيها بما جاء بصحيفة الطعن وحدها وجوب اشتمالها على اسباب الطعن وتعرفه تعريفا واضحا كاشفا عن المقصود منها كشفا وافيا نافيا عنها الغموض والجهالة . م ٢٥٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

٤ - اعلان صحيفة الطعن :

عدم مراعاة ميعاد اعلان صحيفة الطعن بالنقض . لابطلان . م ٢٥٦ مرافعات :

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١٠)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٣ س ٣٠ ص ٤٦١)

تقديم المذكرات والمستندات

تقديم الخصوم فى الطعن بالنقض مذكرات ومستندات وسيلته. الايداع فى خلال الاجال المجددة لكل منهم. المادتان ٢٥٨ ، ٢٦٢ . مرافعات . الإستثناء . م ٢٦٧ مرافعات . مايرد بالمذكرات غير المقبولة من دفاع أو دفوع - اثره . إعتباره غير مطروح على المحكمة عند نظر الطعن .

(دعوى المخاصمة رقم ١٨٠٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

- الصفة فى الطعن :

عدم قبول الطعن بالنقض الا ممن كان طرفا فى الخصومة وبذات صفته . صدور الحكم ضد الطاعن الاول بصفته وليا طبيعيا . اقامة الطعن بالنقض منه بصفته الشخصية وبصفته وليا طبيعيا . اثره . عدم قبوله منه بصفته الشخصية .

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١١/١٨ س ٣١ ص ١٩١٠)

الاختصام فى الطعن بالنقض . اقتصادره على من كان مختصما فى الدعوى وقت صدور الحكم الصادر فيها وبذات الصفة .

(الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٢ ق . جلسة ١٩٨٨/٦/٩)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/١٢ - الطعن رقم ٩٧ لسنة ٥٣ ق)

رئيس مجلس ادارة الشركة صاحب الصفة فى تمثيلها امام القضاء . الخطأ فى بيان شخص الممثل القانونى للشركة لايحول دون اعتبار الشركة هى المعنية بالطعن . شرطه .

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

الخصومة فى الطعن بالنقض. عدم قبولها ممن لم يكن خصما فى الحكم المطعون فيه.

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

عدم ايداع الطاعن مع التوكيل وحتى نظر الطعن مايدل على صفته كوارث للمحكوم عليها . اثره . عدم قبول الطعن .

(الطعن رقم ٣٤٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

المصلحة فى الطعن

تعييب الطاعن الحكم لاغفاله طلب لم يقدم منه غير مقبول. علة ذلك. ليس له التمسك فى سبب النعى بدفاع لا مصلحة له فيه.

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٧)

(نقض جلسة ١٢/٥/١٩٧٥ س ٢٦ ص ٩٦٧)
(نقض جلسة ١١/١٢/١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٤١٧)

انتفاء مصلحة الطاعن فى النعى على الحكم بالخطأ الذى لم يضر به بل بخصم آخر لا صفة له فى تمثيله. نعى غير مقبول.

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٣/٣/١٩٨٨)

المصلحة فى الطعن بالنقض . مناطها . ان يكون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن . العبرة بوقف صدور الحكم . م ٣ قانون المرافعات (مثال بصدد توافر مصلحة الطاعن فى الطعن على حكم صادر ضده).

(الطعن رقم ١٣٦٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٦/٥/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٣٠/٣/٧٧ س ٢٨ ص ٥٦٨)

. قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول الدعوى قبل الطاعنين بصفتيهما اثره. عدم قبول طعنهما فيه لا نعدام المصلحة .

(الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٩/٥/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٢٣/١٢/١٩٨٠ س ٣١ ع ٢ ص ٢١١٢)
(نقض جلسة ٧/٦/١٩٨٢ س ٣٣ ع ٢ ص ٦٧٧)

النعى الذى لا يحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية محققه. غير مقبول .

(الطعن رقم ١١٣٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٦/١١/١٩٨٨)

الخصوم فى الطعن

الطاعن بالنقض . وجوب أن يكون طرفا فى الحكم المطعون فيه . اختصامه امام محكمة اول درجة فقط . غير كاف .

(الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ٣١/١/١٩٨٨)

قبول الخصم للحكم الابتدائى وعدم استئنافه له . تأييده فى الاستئناف المرفوع من غيره . أثره . طعنه عليه بالنقض . غير مقبول .

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٣/٤/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٢٣/١٢/١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٢٩٦)
(نقض جلسة ١٩/٥/١٩٨٣ - الطاعن ٨٠٤ لسنة ٤٩ ق)

الاختصام فى الطعن بالنقض. مناطه .

(الطعن رقم ١١٤٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١/٦/١٩٨٨)
(نقض ٢٥/١١/٨٠ س ٣١ ص ١٩٤٦)

الاختصام فى الطعن . شرطه م ٢١١ مرافعات .

(الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٣/١١/١٩٨٨)
(نقض ٢٨/١٢/٨١ س ٣٢ ص ٢٤٤٧)
(نقض ٢٣/١١/٨١ س ٣٢ ص ٢٠٨٠)

الطعن بالنقض لا يتسع لغير الخصوم فيه. مؤدى ذلك. عدم قبول ما يثار بالنسبة لمن لم تختصم فيه.

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٣/١١/١٩٨٨)

الخصم الذى لم ينازع خصمه فى طلباته ولم يقض له أو عليه . عدم قبول اختصامه فى الطعن بالنقض .

(الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١/١٢/١٩٨٨)

نطاق الطعن

لاتثريب على الطاعن إن هو وجه أسباب طعنه الى حكم سابق صدوره فى الخصومة دون الحكم المنهى للخصومة كلها . علة ذلك .

(الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ٢٠/٤/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٢٨/٦/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٤٣٢)

الأحكام الجائز الطعن فيها بالنقض :

اقامة المطعون ضدهما دعويين بطلب أخذ عقار النزاع بالشفعة . قضاء المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية - فى تاريخ واحد بعد ضمهما - فى احداهما بتاييد الحكم الصادر بسقوط حقهما فى الاخذ بالشفعة وفى الثانية بحقهما فى الاخذ بالشفعه . خطأ لعدم التزامها بحجية الحكم النهائى الأول . جواز الطعن عليه بالنقض . م ٢٤٩ مرافعات .

(الطعن رقم ١٠٥٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٧/١/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٢١/٤/١٩٨٠ ص ٣١ ع ١ ص ١١٥٤)

جواز الطعن بالنقض فى الحكم استثناء وفقا للمادة ٢٤٩ مرافعات. شرطه. أن يكون انتهائيا منهيا للخصومة

كلها فى ضوء المادة ٢١٢ مرافعات. لا محل للقياس على الاحكام الجائز الطعن فيها استثناء. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٠١٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)
(نقض جلسة ٧٥/٢/٨ س ٢٦ ص ٣٥٣، ٨٠/٤/٣٠ ش ٣١ ص ١٢٩٦)
(نقض جلسة ٧٨/٣/١٤ س ٢٩ ص ٧٣١)

قضاء محكمة الاستئناف بعدم اختصاصها بنظر الاستئناف والاحالة الى المحكمة الابتدائية بهيئه استئنافيه. قضاء منه للخصومه كلها بصدد الاختصاص. جواز الطعن عليه بالنقض.

(الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

القضاء بحل الشركة وتعيين مصف لها. قضاء منه للخصومة. جواز الطعن فيه بالنقض طالما لم تطلب اعتماد نتيجة التصفية او الحكم لها بنصيبها فيها.

(الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

جواز الطعن بالنقض فى اى حكم انتهائى فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق صدوره بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. (مثال تعويض عن ذات الأضرار مرة أخرى)

(الطعن رقم ٧٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

جواز الطعن بالنقض فى الحكم الانتهائى الصادر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم انفسهم فى ذات النزاع وحاز قوة الأمر المقضى ولو لم يدفع بذلك أمام محكمة الموضوع. سواء كانت عناصره الواقعية تحت نظر المحكمة من عدمه، علة ذلك م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٠٩٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢١ س ٣١ ع ١ ص ١١٥٤)

إقتصار الطعن بالنقض على الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف. الإستثناء. إجازة الطعن بالنقض فى اى حكم إنتهائى صدر خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. مادتان ٢٤٨، ٢٤٩ مرافعات. مثال:

(الطعن رقم ١٤٦٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

جواز الطعن بالنقض فى أى حكم إنتهائى. شرطه صدوره على خلاف حكم سابق صادر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٢٣٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

جواز الطعن بالنقض استثناء فى أى حكم انتهائى ايا كانت المحكمة التى أصدرته. شرطه. أن يكون هناك حكم سبق ان صدر فى النزاع ذاته بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. لا يغير من ذلك ان تكون المسألة المقضى فيها مسألة كلية شاملة أو مسألة أصلية اساسية. المادتان ٢٤٨، ٢٤٩ من قانون المرافعات.

(الطعن رقم ٢٧٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

الأحكام غير الجائز الطعن فيها بالنقض:

عدم جواز الطعن بالنقض فى الحكم الصادرمن المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية الا اذا كان قد فصل فى نزاع خلافا لحكم اخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٦٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٦ س ٣٢ ع ١ ص ١٦٢١)

الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى المنازعات المتعلقة بتحديد القيمة الايجارية. عدم جواز الطعن عليها بأى وجه من أوجه الطعن. المادتان ١٨، ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧. اقامة الدعوى قبل العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١. أثره. عدم خضوعها لحكم المادة الخامسة منه. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٠٦٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ٩٨٨/١١/٢٣)

عدم جواز الطعن فى الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها الا بعد صدور الحكم المنهى لها. الخصومة التى ينظر الى انتهائها. ماهيتها. م ٢١٢ مرافعات (مثال بشأن الادعاء بالتزوير).

(الطعنان رقما ١٠٥، ١٠٨ لسنة ٥٧ ق «احوال شخصية» - جلسة

١/١٢/١٩٨٨)

اجراءات نظر طلبات رد القضاه لها طبيعة خاصة . المواد ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١/١٦٠ من قانون المرافعات. جواز الطعن بالاستئناف من طالب الرد لو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا . مؤدى ذلك . اقتصار حق الطعن فى الحكم الصادر فى طلب الرد على طالب الرد دون القاضى المطلوب رده . علة ذلك . مثال فى طعن بالنقض .

(الطعن رقم ٢٩٢٦ لسنة ٥٨ ق – جلسة ٢١/١٢/١٩٨٨)

الأحكام غير الجائز الطعن عليها استقلالا :

عدم جواز الطعن استقلالا فى الاحكام الصادرة اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها . م ٢١٢ مرافعات . القضاء بجواز قبول التماس اعادة النظر وبالغاء الحكم الملتمس فيه واعادة الالتماس للمرافعة فى موضوع الاستئناف . حكم غير منه للخصومة . عدم جواز الطعن فيه بالنقض استقلالا . صدور الحكم المنهى للخصومة كلها فى تاريخ لاحق لرفع الطعن بالنقض . لا أثر له . تعلق ذلك بالنظام العام .

(الطعنان رقما ٢٠٧٦ لسنة ٥٣ ق . ٧٦٥ لسنة ٥٤ ق– جلسة ٣/٢/٨٨)

القضاء بالغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من وقف طلب التعويض واعادة هذا الطلب الى محكمة أول درجة للفصل فيه . ليس من الاحكام المنهية للخصومة أو المستثناه . اثره . عدم جواز الطعن فيه بالنقض استقلالا .

(الطعن رقم ٧٨٩ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٧/٢/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٢٨/٢/٨٣ س ٣٤ ص ٦٠٤)

عدم جواز الطعن على استقلال فى الاحكام الصادره اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها . الاستثناء . م ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٥٢ ق – جلسة ٦/٣/١٩٨٨)
(نقض جلسة ١٣/٢/١٩٨٤ س ٣١ ع ٢ ص ٢١٩٥)

عدم جواز الطعن على استقلال فى الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها . الاستثناء . م ٢١٢ مرافعات . الخصومة . مقصودها .

(الطعن رقم ١٣٠٢ لسنة ٥٤ ق – جلسة ٢٩/٦/١٩٨٨)
(نقض جلسة ١٣/٢/٨٤ س ٣١ ص ٢١٩٥)

الاحكام التى تصدر اثناء سير الخصومة . عدم جواز الطعن عليها استقلالا الاستثناء الحالات التى أوردها المشرع على سبيل الحصر . م ٢١٢ مرافعات الخصومة التى ينظر الى انتهائها ماهيتها . مثال :

(الطعن رقم ٧٦١ لسنة ٥٤ ق – جلسة ٢٥/١٢/١٩٨٨)

– حالات الطعن :

الطعن بالنقض المبنى على تناقض حكمين انتهائيين . شرطه . أن يكون الحكم المطعون فيه قد ناقض قضاء سابقا حاز قوة الأمر المقضى ، فصل فى النزاع ذاته بين الخصوم . اكتساب الاحكام المستعجلة قوة الأمر المقضى . مناطه . عدم تغيير مركز الخصوم والوقائع المادية وظروف الدعوى. مثال: بشأن الحكم ببطلان الاعلان فى ذات الموطن المعلن فيه الطاعن.

(الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٥٦ ق – جلسة ٢٦/١/١٩٨٨)
(نقض جلسة ١/١٢/٧٣ س ٢٤ ص ١١٩٨)
(نقض جلسة ٢٠/٢/١٩٨٠ س ٣١ ص ٥٦٤)

الطعن بالنقض المبنى على تناقض حكمين انتهائيين . شرطه. مناقضة الحكم المطعون فيه لقضاء سابق حاز قوة الأمر المقضى. م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٥٥٢ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٠/٢/١٩٨٨)
(نقض ١/١/١٩٨١ س ٣٢ ع ١ ص ٩٧)

الطعن بالنقض المبنى على تناقض حكمين انتهائيين . شرطه. مناقضة الحكم المطعون فيه لقضاء سابق حاز قوة الأمر المقضى. م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٩٦١ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٤/٤/١٩٨٨)
(نقض جلسة ١/١/١٩٨١ س ٣٢ ع ١ ص ٩٧)

٢ – الاحكام الصادره من محاكم الاستئناف فى المنازعات المتعلقه بتحديد القيمة الايجارية . عدم جواز

الطعن عليها باى وجه من اوجه الطعن . المادتان ١٨، ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . اقامة الدعوى فى ظل العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . اثره. سريان القواعد الاجرائية المتعلقة بطرق الطعن المقرره عليها ولو صدر الحكم بعد العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ عله ذلك.

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

اسباب الطعن :

السبب الجديد :

بطلان الاجراءات المبنى على اختصام ناقص الاهلية . غير متعلق بالنظام العام . اثره . عدم جواز تمسك الوصية الطاعنة بهذا الدفاع لاول مرة أمام محكمة النقض . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٤ س ٣٣ ص ٦٢)

بطلان الاجراءات المبنى على انتفاء صفة أحد الخصوم فى الدعوى . عدم تعلقه بالنظام العام . عدم جواز التحدى به لاول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٣١)
(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ س ٢٥ ص ٥٦٦)

النعى بعدم جواز الاحتجاج بالصورة الضوئية لمستند فى الدعوى . عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢١ س ٣١ ص ١١٦٥)

النعى على عقدى البيع المشار اليها بسبب النعى بعدم صلاحيتها للمضاهاة . دفاع يخالطة واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع . عدم جواز اثارته لاول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢٢٨٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١١/٢٠ س ٣١ ص ١٩٢٣)

سبب الدعوى فى معنى المادة ٤١ مرافعات . ماهيته . تغييرة لاول مرة أمام محكمة النقض . سبب جديد لاتجوز اثارته .

(الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)
(الطعن رقم ١٧٣٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ - س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)
(نقض جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ س ٢٥ ص ١٢٧٤)
(نقض جلسة ١٩٦٤/١/١٩ س ١٥ ص ٥٣)

الاقرار القضائى . ماهيته . م ١٠٣ اثبات . لمحكمة الموضوع تحصيل توافر الاركان اللازمة لاعتبار الاقرار الصادر من الخصم اقرارا قضائيا . عدم جواز اثارته لاول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ٨٢/٦/٢١ س ٣٣ ص ٧٩٥)

ورود النعى على اسباب الحكم الابتدائى دون التمسك به امام محكمة الاستئناف - سبب جديد . عدم جواز اثارته امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٧١٩ سنه ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٠ س ٢٨ ع ١ ص ١٠١٢)

عدم جواز التمسك أمام محكمة النقض بسبب لم يسبق ابداؤه أمام محكمة الموضوع بصفة جازمه ولو كان سببا قانونيا يخالطه واقع مالم يكن متعلقا بالنظام العام .

(الطعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٨)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٥ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٢٥)
(نقض جلسة ١٩٩٨٢/١١/٢١ س ٤٣٣ ع٢ ص ٩٧٧)

سبب جديد يخالطه واقع . عدم جواز اثارته لاول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٠ س ٣٢ ص ١٤١٤)

دفاع جديد لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع مجادلة موضوعية فى سلطتها فى تقدير الادلة . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢٤٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ٨١/٥/١٩ س ٣٢ ع٢ ص ١٥٣٨، ٨١/١١/٢٦ س ٣٢ ع٢ ص ٢١٦٣)

دفاع يقوم على واقع لم يسبق التمسك به امام محكمة

الموضوع . عدم جواز التحدى به لاول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٦)
(نقض جلسة ٨١/٢/٢٦ س ٣٢ ص ٦٧٧)

اقامة الحكم قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله . المنازعة فى ذلك . مجادلة فى تقدير الدليل . عدم جواز اثارته امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢)

ورود النعى على اسباب الحكم الابتدائى . عدم تمسك الطاعن به امام محكمة الاستئناف . اعتباره سببا جديداً لا يجوز اثارته امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٩٣٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٠ س ٢٨ ص ١٠١٢)

اثارة الدفع بانعدام صفة احد الخصوم خلال فترة حجز الاستئناف للحكم حال عدم التصريح بتقديم مذكرات . اعتباره غير مطروح على المحكمة . قضاؤها بقبول الاستئناف شكلا . حائل بينها وبين العودة الى مناقشة ذلك الدفع . التمسك بذات الدفاع امام محكمة النقض . اعتباره سببا جديدا غير مقبول . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

التمسك بسبب امام محكمة أول درجة. عدم معاودة التمسك به امام محكمة الاستئناف . اثره . اعتباره سببا جديدا . لايقبل التحدى به امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٥ ١٢٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

خلو الأوراق مما يدل على تمسك الطاعن بدفاع معين عدم جواز ابداؤه لأول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

دفاع يخالطه واقع لم يسبق التمسك به امام محكمة الموضوع . لايجوز التحدث به لاول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

دفاع قانونى يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. عدم جواز ابدائه لأول مرة امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٨٤ لسنة ٥٦ق «احوال شخصية» - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

سبب قانونى يخالطه واقع لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع . عدم جواز اثارته لاول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
(نقض ٨١/٥/١٠ س ٣٢ ع ٢ ص ١٤١٤)

السبب المتعلق بالنظام العام :

الدفاع المتعلق بالنظام العام . جواز اثارته لاول مرة امام محكمة النقض . شرطه .

(الطعن رقم ٢٣٨١ سنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ص ٢٨٤)

الاسباب المتعلقة بالنظام العام . لمحكمة النقض أن تثيرها من تلقاء نفسها :

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٧/٢٧ س ٣٠ ص ٤٠٩)

الأسباب المتعلقة بالنظام العام لمحكمة النقض إثارتها من تلقاء نفسها كما يجوز لكل من الخصوم والنيابة متى توافرت عناصر الفصل فيها . ووردت على الجزء المطعون فيه من الحكم .

(الطعن رقم ١٤٠٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

السبب المتعلق بالنظام العام . لمحكمة النقض وللنيابه العامة وللخصوم إثارته . شرطه . أن يكون واردا على الجزء المطعون عليه من الحكم .

(الطعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

السبب الموضوعى

الجدل فيما استخلصته محكمة الموضوع بأسباب سائغة من خروج المبانى عن شرط الاكتتاب فى سندات

الاسكان طبقا للقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل. موضوعي. عدم جواز اثارته امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

اقامة المحكمة قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله. المجادلة في ذلك. موضوعية. تنحسر عنها رقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ٤٣٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

النعى على الحكم بأن المضرورين علموا بالضرر وشخص المسئول عنه منذ حصوله. جدل موضوعي في تقدير محكمة الموضوع للأدلة عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

انتهاء الحكم سائغا - إلى ما خلص إليه - وله اصله الثابت بالاوراق بما يكفي لحمل قضائه. النعي عليه. جدل موضوعي تنحسر عنه رقابة محكمة النقض.

(الطعن رم ٦١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

السبب القانوني الذى يخالطه واقع :

الدفاع الذى يخالطه واقع. عدم جواز التحدى به لاول مرة امام محكمة النقض. تقدير اقوال الشهود وترجيح شهادة شاهد على اخر من سلطة محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢٦ س ٣١ ص ١٢٤٣)

سبب قانوني يخالطه واقع لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع، عدم جواز التحدى به لاول مرة امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٢٣٦٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٠ س ٣٢ ع ٢ ص ١٤١٤)

دفاع قانوني يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. عدم جواز التحدى به أمام محكمة النقض.

(الطعنان رقما ١٨٢٩، ١٨٧٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)
(نقض جلسة ٨٢/٤/٢٥ س ٣٣ ص ٤٣١)

الدفاع الذى يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكم الموضوع. سبب جديد. عدم جواز التحدى به لأول مر أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

مالايندرج تحت اسباب الطعن :

١ - السبب غير المنتج :

اقامة الحكم على دعامتين - كفاية احداهما لحمل قضائه. تعييبه في الأخرى. غير منتج.

(الطعن رقم ٢٣٤٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٩ س ٣٣ ع١ ص ٥٤٥)

اقامة الحكم على دعامتين. كفاية احداهما لحمل قضائه. النعي عليه في الدعامات الاخرى. غير منتج.

(الطعن رقم ١٨٧٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦ س ٣٢ ص ١٩٨٥)
(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٦ س ٣٢ ص ٢١٢١)

اقامة الحكم على دعامتين. كفاية احداهما لحمل قضائه. تعييبه في الاخرى غير منتج.

(الطعن رقم ٨٤٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/١٩ س ٣٣ ص ٥٤٥)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٣١ س ٣٣ ص ٦١٨)

اقامة الحكم على دعامات متعدده - كفاية احداهما لحمل قضائه تعييبه في باقيها ايا كان وجه الراى فيه. غير منتج.

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٤/٤/٢٦ - الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٤٨ ق)

اقامة الحكم على دعامتين. كفاية احداهما لحمل قضائه. النعي عليه في الدعامة الأخرى. غير منتج.

(الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١٠)
(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٤/٤/١٩٨٣ س ٣٤ ص ٩٦٩)

اقامة الحكم على دعامات متعدده . كفاية احداها لحمل ضائه . النعى عليه فى باقى الدعامات الاخرى - أيا كان جه الراى فيه . غير منتج .

(الطعن رقم ٦٥٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٧/١٠/١٩٨٨)

اقامة الحكم قضاءه على دعامة كافية لحمله . تعييبه دعامة أخرى يقوم عليها . نعى غير منتج .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٧/١٠/١٩٨٨)

إقامة الحكم الإستئنافى قضاؤه على أسباب خاصة به ون احالة إلى أسباب الحكم الابتدائى . النعى ببطلان لحكم الأخير . غير منتج .

(الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٠/١١/١٩٨٨)

تأسيس الحكم على دعامه صحيحة تكفى لاقامته . لنعى عليه فى باقى ماورد به . غير منتج . (مثال ملكية) .

(الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٣٠/١١/١٩٨٨)

إقامة الحكم على دعامات متعددة . كفاية إحداها حمله . تعييبه فى أخرى . غير منتج .

(الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٤/١٢/١٩٨٨)

اقامة الحكم على مايكفى لحمله . النعى عليه فيما استطرد اليه تزيدا . غير منتج .

(الطعن رقم ٧٦٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٩/١٢/١٩٨٨)

٢ - النعى بإغفال الفصل فى بعض الطلبات :

التزام محكمة الاستئناف اذا الغت الحكم الصادر فى الطلب الاصلى ان تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل فى الطلبات الاحتياطيه . قضاؤها برفض الدعوى واغفال بحث الطلب الاحتياطى عن سهو او غلط . لايصلح سببا للطعن بالنقض سبيل تداركه . الرجوع لذات محكمة الموضوع . ١٩٣ مرافعات . مثال . بشأن إغفال الفصل فى الطلب الاحتياطى .

(الطعن رقم ١٦٦٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٦/١/١٩٨٨)

٣ - السبب المفتقر إلى الدليل :

عدم تقديم الطاعن الدليل على ماتمسك به من اوجه الطعن فى المعاد القانونى اثره . نعى غير مقبول .

(الطعن رقم ١٨٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٩/٥/١٩٨٨)

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٠/١/١٩٨٨)

(نقض جلسة ١٣/١/١٩٨٢ س ٣٣ ص ٨٥)

عدم تقديم الطاعن الدليل على ماتمسك به فى وجه النعى . نعى عار عن الدليل .

(الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٨/١٢/١٩٨٨)

٤ - السبب المجهل :

عدم بيان الطاعن فى صحيفة الطعن بالنقض العيب الذى يعزوه للحكم المطعون فيه وموضعه منه وأثره فى قضائه . نعى مجهل غير مقبول . م ٢/٢٥٣ مرافعات . (مثال) .

(الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٠/١/١٩٨٨)

(نقض جلسة ١١/٣/١٩٨٢ س ٣٣ ع١ ص ٣٠١)

وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على الاسباب التى بنى عليها الطعن. م ٢٥٣ مرافعات. عدم افصاح الطاعن عن موطن العيب الذى يعزوه الى الحكم المطعون فيه وأثره فى قضائه. نعى مجهل. غير مقبول.

(الطعن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٣/١/١٩٨٨)

(نقض جلسة ١١/٢/١٩٨٢ س ٣٣ ص ٢٢٨)

عدم بيان الطاعن فى صحيفة الطعن بالنقض اوجه الدفاع محل النعى ودلالتها . نعى مجهل غير مقبول .

(الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ٢٦/١/١٩٨٨)

وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على الاسباب التى بنى عليها الطعن. مقصوده: تحديد أسباب الطعن وتعريفها تعريفا واضحا يبين منها العيب المنسوب الى الحكم وموضعه منه وأثره فى قضائه. تخلف ذلك. نعى مجهل غير مقبول.

(الطعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١١ س ٣٣ ص ٢٢٨)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن ماهية الطلبات التي اغفل الحكم الرد عليها وموضعها منه واثرها في قضائه . نعي مجهل غير مقبول .

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على بيان الاسباب التي بنى عليها الطعن . م ٢٥٣ مرافعات مقصوده. تحديد اسباب الطعن وتعريفها تعريفا وافيا يبين منها العيب الذي يعزوه الطاعن الى الحكم وموضعه منه واثره في قضائه.

(الطعن رقم ١٤٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن العيب الذي يعزوه للحكم المطعون فيه وموضعه منه وأثره في قضائه. بطلان الطعن.

(الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/١١ س ٣٣ ع ١ ص ٣٠١)

وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على بيان لأسباب الطعن والا كان باطلا . م ٦٥٣ مرافعات . مؤداه . عدم بيان الطاعنة في الأسباب للعيب الذي تعزوه إلى الحكم المطعون فيه وموضعه منه وأثره في قضائه . نعي مجهل غير مقبول.

ورود النعي على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه . نعي غير صحيح .

(الطعن رقم ١٨٧٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢١)
(نقض جلسة ٧٢/١٢/٦ س ٢٢ ص ١٤١٥)

(الطعنان رقما ٢٠٩٢ ، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

عدم بيان الطاعن للمستندات التي يعزو الى الحكم المطعون فيه التفاته عن طلب الزام المطعون ضده تقديمها ودلالة كل منها وأثره في قضائه . نعي مجهل غير مقبول:

(الطعن رقم ٩٨٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٧)

وجوب تحديد الطاعن أسباب الطعن وتعريفها تعر واضحاً يبين منها العيب الذي يعزوه الى الحكم وموض منه واثره في قضائه. تخلف ذلك. أثره. بطلان الط

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

عدم بيان الطاعنة للاعتراضات الموجهة الى تق الخبير ووجه قصور الحكم في الرد عليها . اكتفا بالاشارة الى دفاعها امام محكمة الموضوع بدرجتيها قول مجمل . نعي مجهل غير مقبول .

(الطعن رقم ١٣١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٥)

عدم بيان الطاعن الدفاع الذي تمسك به امام محك الاستئناف واغفل الحكم الرد عليه . نعي مجهل وغير مقبول .

(الطعن رقم ١٠٦٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن بالنقض العي الذي يعزوه للحكم المطعون فيه وموضعه واثره في قضائه . نعي مجهل غير مقبول . م ٢٥٣ مرافعات.

(الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

ورود النعي على غير محل من قضاء الحكم:

*ورود النعي على غير محل من قضاء الحكم المطعو فيه . نعي غير صحيح .

(الطعن رقم ١٨٤٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)
(نقض جلسة ٧٢/١٢/٦ س ٢٣ ص ١٤١٥)
(نقض جلسة ٨٧/١٢/١٦ - الطعن رقم ١٤٨٧ لسنة ٥٤ ق)

النعي الوارد على غير محل من قضاء الحكم المطعو فيه : غير مقبول التناقض الذي يفسد الحكم . ماهيته (مثال) .

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)

ورود النعي على غير محل من قضاء الحكم المطعو فيه غير مقبول .

(الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

ضاء الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف دون الة الى أسبابه واقامة قضائه على أسباب مستقلة. ى على تقرير الخبير الذى لم يتخذه دعامه لقضائه ايا وجة الرأى فيه. غير مقبول.

(الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

رود النعى على الحكم الابتدائى والذى لا يصادف لا فى قضاء الحكم المطعون فيه. نعى غير مقبول.

(الطعن رقم ١٢٦٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

٧ - الخطأ المادى فى الحكم:

الخطأ المادى فى الحكم الغير مؤثر فى كيانه أو فقدانه ته. عدم صلاحيته سببا للطعن بالنقض. تصحيح الخطأ. سبيله. م ١٩١ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)
(نقض ١٩٨١/١/٢٦ س ٣٢ ص ٣٣١)

٨ - اغفال الفصل فى طلب موضوعى:

اغفال المحكمة الفصل فى طلب موضوعى. سبيل كه. الرجوع لذات المحكمة للفصل فيه. م ١٩٣ فعات. عدم جواز الطعن بالنقض لهذا السبب. علة

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

لنعى الموجه الى اسباب الحكم الابتدائى التى لم يأخذ أو يحيل اليها الحكم الاستئنافى. غير مقبول.

(الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٩ س ٣٠ ص ٤١٣)

تغيير محكمة أول درجة لسبب الدعوى. عدم عتراض عليه امام محكمة الموضوع. اثره. سقوط ق فى ابدائه امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٤٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١١ س ٣٣ ص ١٠٩٧)

لنعى ببطلان الحكم بسبب قبول المحكمة لمذكرة الخصم دون اطلاع الخصم الاخر عليها. عدم بيان مالحتوته هذه المذكرة من دفاع حرم الطاعن من مناقشته وكان له اثر فى الحكم. نعى غير مقبول.

(الطعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩ س ٣١ ص ٩٦٠)

نظر الطعن امام محكمة النقض:

ترك الخصومة فى الطعن بالنقض:

ترك الخصومة فى الطعن بالنقض بعد فوات ميعاده. تضمنه نزولا عن الحق فى الطعن لايجوز الرجوع فيه - دون حاجة لقبول المطعون ضده لهذا الترك.

(الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

سلطة محكمة النقض:

انتهاء الحكم فى قضائه الى النتيجة الصحيحة قانونا. اشتمال اسبابه على تقريرات قانونية خاطئه. لمحكمة النقض تصحيحها دون ان تنقضه.

(الطعن رقم ٢٢٧٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١١/٢١ س ٣٣ ص ١٠١٢)

انتهاء الحكم الى نتيجة صحيحة. انطواؤه على تقريرات قانونية خاطئة. لا اثر له. لمحكمة النقض تصحيحها دون نقضه.

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

انتهاء الحكم الى نتيجة سليمة. لا يبطله مايقع فى أسبابه من اخطاء قانونية لمحكمة النقض أن تصححه دون ان تنقضه.

(الطعن رقم ١٧٣٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

سلامة الحكم فى نتيجته. لايبطله مايقع فى اسبابه من أخطاء قانونية لمحكمة النقض أن تصححه دون أن تنقضه.

(الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

قصور الحكم فى أسبابه القانونية . لا يعيبه طالما خلص إلى النتيجة الصحيحة . لمحكمة النقض أن تستوفى القصور دون نقضه .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

انتهاء الحكم الى النتيجة الصحيحه . لامحل للنعى عليه بالقصور فى اسبابه . لمحكمة النقض استكمالها .

(الطعن رقم ٢٤٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

اشتمال الحكم على تقريرات قانونية خاطئة . لايعيبه طالما خلص الى النتيجة الصحيحة . لمحكمة النقض تصحيح الخطأ دون نقضه .

(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق - ١٦٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

قصور الحكم فى أسبابه القانونية . لا يبطله طالما خلص إلى النتيجة الصحيحة . لمحكمة النقض أن تستكمل القصور دون نقضه .

(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٦٣ لسنة ٥٥ - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

انتهاء الحكم إلى نتيجة صحيحة . لايعيبه مجرد القصور فى أسبابه القانونية . لمحكمة النقض استكمالها .

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

اثر نقض الحكم :

نقض الحكم المطعون فيه والاحالة . أثره .

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

نقض الحكم لمخالفة قواعد الاختصاص . اقتصار محكمة النقض على الفصل فى مسألة الاختصاص وعند الاقتضاء يتعين على المحكمة المختصة التى يجب التداعى اليها بإجراء جديد . م ٢٦٩ مرافعات .

(الطعن رقم ٦٥٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣١)

تصدى محكمة النقض للفصل فى الموضوع عند نقض الحكم للمرة الثانية . شرطه . أن ينصب الطعن فى المرة الثانية على ماطعن عليه فى المرة الأولى . مخالفة ذلك . أثره . وجوب أن يكون مع النقض الاحالة . م ٢٦٩/ مرافعات .

(الطعن رقم ١٦٠٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)
(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/١٧ س ٢٩ ص ١٦٦٧)

نقض الحكم المطعون فيه والاحالة . وجوب التزام محكمة الاحالة بالمسألة القانونية التى فصل فيها حكم النقض . م ٣/٢٦٩ مرافعات . للخصوم ابداء أوجه دفاع جديدة امام محكمة الاحالة . لهذه المحكمة حرية تحصيل فهم الواقع فى الدعوى اعتمادا على ماقدم اليها منها وعلى ما يستجد من وقائع وأدلة .

(الطعن رقم ٨٤٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

نقض الحكم كليا . اثره . زواله بجميع آثاره والغاء جميع الاحكام المترتبة عليه وعوده الخصوم الى مراكزهم السابقة على صدوره وقوع ذلك بقوة القانون م ١/٢٧١ مرافعات .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٦)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٦ س ٣١ ص ٢١٥٢)

نقض الحكم والاحالة . أثره . التزام المحكمة المحال اليها باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها . اكتساب حكم النقض حجية الشيء المحكوم فيه فى المسائل التى بت فيها . مؤدى ذلك . امتناع المساس بهذه الحجية عند اعادة نظر الدعوى .

(الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١)
(نقض جلسة ٨١/٢/١٦ س ٣٢ ص ٥٢٣)

نقض الحكم المطعون فيه لتكييفه عقد البيع انه بيع بات دون بيان اسباب عدوله عن المدلول الظاهر لعباراته التى تفيد انه بيع بالعربون . مفاده ان الحكم الناقض لم يجزم فى اسبابه بان العقد بيع بالعربون . استخلاص الحكم المطعون فيه ان العقد بيع معلق على شرط واقف وقد تحقق هذا الشرط واصبح العقد باتا . النعى عليه بانه لم يلتزم بالمسألة القانونية التى فصل فيها الحكم الناقض . لاأساس له .

(الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

تصدى محكمة النقض للفصل فى الموضوع عند نقض الحكم للمرة الثانية . شرطه . أن ينصب الطعن فى المرة الثانية على ماطعن عليه فى المرة الأولى مخالفة ذلك . اثره . وجوب ان يكون مع النقض الاحالة . م ٢٦٩/٤ مرافعات .

(الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)
(نقض ٧٨/١١/١ س ٢٦ ص ١٦١٧)

نقض الحكم . أثره . التزام محكمة الاحالة بحكم النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها . علة ذلك . م ٢٦٩ مرافعات . إقامة الحكم الناقض قضاءه على ان عقد البيع لايستر وصية . مخالفة ذلك . خطأ فى القانون وفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم ٦١٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٣ - الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٣ ق)

نقض الحكم . أثره . حق المحكمة المحال اليها فى تحصيل فهم جديد لواقع الدعوى ولو خالف ماسبق ان حصلته منه ولا يقيدها فى هذا إلا أن تتبع حكم النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها .

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

نقض الحكم والاحالة . اثرها . عودة الخصومة الى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض . التزام محكمة الاستئناف بالمسألة القانونية التى فصل فيها الحكم الناقض لايحول دون ان تبنى حكمها على فهم جديد لواقع تحصله من جميع عناصر الدعوى .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

نقض الحكم الاستئنافى . اثره . زواله وعودة الخصوم إلى مراكزهم الأولى - سريان احكام سقوط الخصومة عليها من تاريخ صدور حكم النقض . الحكم بسقوط الخصومة . شرطه . المادتان ١٣٤ ، ١٣٦ مرافعات .

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)
(نقض ٨١/٥/٢٠ س ٣٢ ص ١٥٥٧ ، ٧٤/٣/٢٥ س ٢٥ ص ٥٣٨)

(نقض ١٩٥٧/٢/٧ س ٨ ص ١٣٢)

نقض الحكم كليا . اثره . زواله بجميع آثاره والغاء جميع الأحكام اللاحقة التى كان اساسا لها . وقوع هذا الالغاء بقوة القانون . م ٢٧١ مرافعات . تأسيس قضاء الحكم المطعون فيه على حكم منقوض . اثره . وجوب نقضه .

(الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

نقض الحكم كليا . اثره . زواله بجميع آثاره والغاء الأحكام اللاحقة التى كان الحكم المنقوض أساسا لها . وقوع هذا الأثر بقوة القانون . م ٢٧١/١ مرافعات .

(الطعنان رقما ٢٠١٧ لسنة ٥٤ ، ٢٥٦٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

نقض الحكم لمخالفة قواعد الاختصاص . اقتصار محكمة النقض على الفصل فى مسألة الاختصاص وتعيين المحكمة المختصة عند الاقتضاء الواجب التداعى اليها باجراءات جديدة . م ٢٦٩/١ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ٧٦/١٠/٢٦ س ٢٧ ع ٢ ص ١٤٨٤)

نقض الحكم كلياً والاحالة . اثره . عدم اقتصاره على المسألة القانونية التى فصل فيها حكم النقض امتداده إلى ماارتبط به من أجزاء الحكم الاخرى . لمحكمة الاحالة إقامة حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى . م ٢٦٩/ ٢ مرافعات . (مثال) .

(الطعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

نيابه

نيابة قانونية :

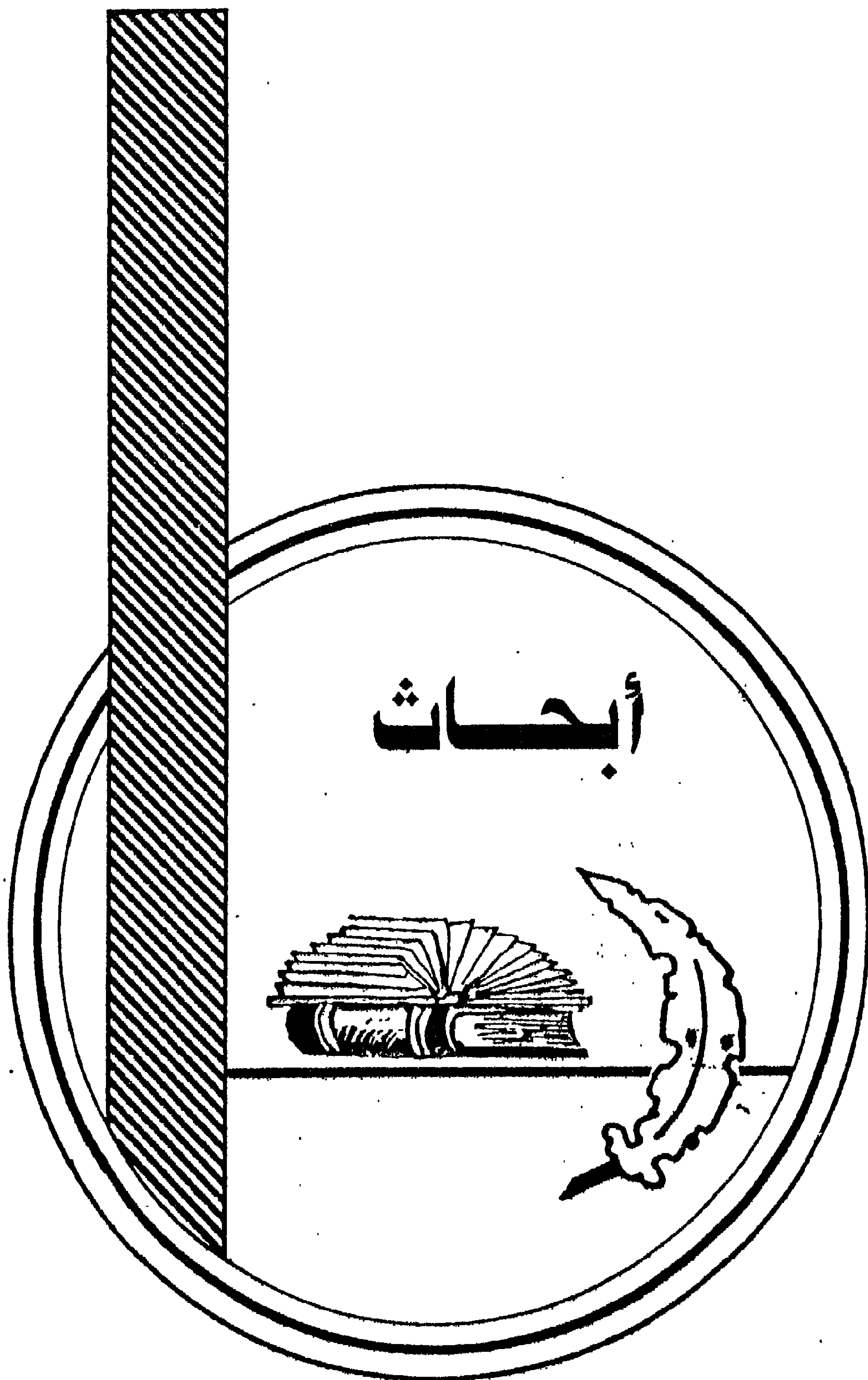
بلوغ القاصر سن الرشد اثناء الدعوى . استمرار من كان وصيا عليه فى تمثيله والحضور عنه بقبوله ورضائه يتحقق به الصفة فى تمثيله فى هذه الخصومة . اعتبار النيابة عنه أصبحت اتفاقية بعد ان كانت قانونية .

(الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ س ٢٨ ص ١٥٢٤)

نقابة المحامين ـ أمانة الصندوق

تعلن للسادة الأساتذة الزملاء المتأخرين عن سداد الاشتراك السنوي حتى الآن أن يبادروا الى السداد فورا قبل آخر يونيو سنة ١٩٩٠ تلافيا للاستبعاد من الجدول تطبيقا للمادة ١٧٠ من القانون ١٧ سنة ١٩٨٣ .

أمين الصندوق
أحمد عوده
المحامي


أبحــاث

جريمة القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق

دراسه فى قانون العقوبات وقضاء النقض المصرى

للسيد الاستاذ / صلاح الدين جمال عبد الرحمن - المحامى

تمهيد :-

اشارة للحق فى الحرية فى الاسلام والقانون الدولى لحقوق الانسان .

ان حرية الانسان مقدسة كحياته سواء بسواء وهى الصفة الطبيعية الاولى التى يولد بها الانسان تأكيدا لحديث رسول الله ﷺ «فيما رواه الشيخان «ما من مولود الا يولد على الفطرة» وهى مستصحبة ومستمرة وليس لاحد أن يعتدى عليها ويجب توفير الضمانات الكافية لحماية حرية الافراد ولا يجوز تقييدها أو الحد منها الا بسلطان الشريعة وبالاجراءات التى تقرها[1] .

واستصحابا لذلك نورد هنا ما جاء باحدى الاتفاقيات الدولية ذلك النص الذى قررته المادة التاسعة من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية - الصادرة عن الجمعية العامة للامم المتحدة فى ١٦/ ديسمبر سنة ١٩٦٦ ، والتى دخلت حيز التنفيذ فى ٢٢ مارس سنة ١٩٧٦ «أن لكل فرد الحق فى الحرية والسلامة الشخصية ولا يجوز القبض على احد أو ايقافه بشكل تعسفى كما لا يجوز حرمان أحد من حريته الا - على اساس من القانون .. ولكل من كان ضحية القبض عليه او ايقافه بشكل غير قانونى الحق فى تعويض قابل للتنفيذ . وكجدير بالذكر أن هذه الاتفاقيـة أنشأت بمـوجب برتوكول اختيارى «يستند على القسم الرابع من الاتفاقية» لجنة خاصة أطلق عليها لجنة الحقوق الانسانية ، تعمل على استلام ودراسة تبليغات الافراد الذين يدعون بأنهم ضحايا الاعتداء على أى من الحقوق التى ورد النص عليها بالاتفاقية المشار اليها .

وفى اطار القانون الوطنى المصرى فانه من منظورى الخاص أرى أن رجال النيابة الذين هم رؤساء للضبط القضائى[2] وقد خولهم قانون الاجراءات الجنائية سلطات واسعة فى التحقيق وفى التفتيش على السجون ، والاشراف على أعمال مرؤسيهم من مأمورى الضبط يجب عليهم أن يتشددوا فى تحقيق البلاغات التى ترد اليهم فى هذا الصدد مع توخى الدقة والحرص تحقيقا للتنفيذ السليم للقانون وحرصا على أمن المواطنين وحرياتهم وحفاظا على العدالة وهم القائمين على حمايتها .

جريمة القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق

المطلب الاول

طبيعة هذه الجريمة :

. La Nature Juridique

تقع هذه الجريمة بصوره مستقله عن أعمال البوليس ومأمورى الضبط حين يقوم بأرتكابها أحاد الناس أو مجموعة منهم ، كما تقع حين يرتكب مأمورى الضبط الافعال المكونة لها ولو بغية التوصل الى معرفة مرتكبى جريمة سبق وقوعها . مما يدخل فى اطار القبض الباطل . وهى تكون صوره سافره للاعتداء على الحرية الشخصية .

وقد تناول المشرع هذه الجريمة فى الباب الخامس من الكتاب الثالث من قانون العقوبات فى المواد ٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٢ ع[٣] فنص فى المادة ٢٨٠ على أن من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفى غير الاحوال التى تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهه يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا . وقضى فى المادة ٢٨١ ع على أن «يعاقب أيضا بالحبس مدة لاتزيد على سنتين كل شخص أدار محلا للحبس أو الحجز غير الجائزين مع علمه بذلك» ونصت المادة ٢٨٢ ع على أن «اذا حصل القبض فى الحالة المبينه فى المادة ٢٨٠ من شخص تزى بدون حق بزى مستخدمى الحكومة أو أتصف بصفة كاذبة أو أبرز أمرا مزورا

مدعيا صدوره من طرف الحكومة يعاقب بالسجن ويحكم فى جميع الاحوال بالاشغال الشاقة المؤقتة على من قبض على شخص بدون وجه حق وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيبات البدنيه :

والنظرة المجردة لتلك النصوص تشير الى أن المشروع يبغى منها تأكيد عدم جواز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد .. وذلك حماية للحرية الشخصية التى كفلها الدستور . فقد قضت المادة ٤١ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية لعام ٧١ بأن «... لايجوز وفقا لاحكام القانون ....» .

كما قضت المادة ٤٢ منه بأن «... كما لايجوز حجزه أو حبسه فى غير الاماكن الخاضعه للقوانيـن الصادره بتنظيم السجون ....» .

ومن جانب آخر نصت الماده ٤١ أ . ج على أنه «لايجوز حبس أى انسان الا فى السجون المخصصه لذلك ولايجوز لمأمور أى سجن قبول أى انسان فيه ألا بمقتضى أمر موقع عليه من السلطة المختصة والا يبقيه بعد المده المحدده بهذا الأمر «كما نصت المادة ٤٢ أ . ج - (معدله بالقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢) على أن «لكل من أعضاء النيابه ورؤساء ووكلاء المحاكم الابتدائية . والاستئناف زيارة السجون العامة والمركزيه الموجوده فى دوائر أختصاصهم . والتأكد من وجود محبوس بصفة غير قانونيه ولهم أن يطلعوا على دفاتر السجن وعلى أوامر القبض والحبس وأن يأخذوا صورا منها وأن يتصلوا بأى محبوس ويسمعوا منه أى شكوى يريد أن يبديها لهم وعلى مديرو وموظفى السجون أن يقدموا لهم كل مساعده لحصولهم على المعلومات التى يطلبونها .

ويلاحظ أن المشرع المصرى لم يقرر بالنسبه لهذه الجريمه أى فرق فى المسئوليه بين القبض الواقع من فرد على فرد والقبض من سلطه على فرد والمتضمن بذلك عدوانا على الحريه الشخصيه وأن كان بهذا النص قد صرح بقيام المسئوليه الجنائيه اذا وقع القبض على فرد بدون وجه حق دون تفريق بين ممثلى السلطة وبين الافراد العاديين .

والواقع أن المشرع المصرى قد غفل بذلك عن ادراك حقيقة بالغة الاهمية الا وهى تنوع طبيعه الجريمة بحسب مصدرها اذا لاشك أن القبض الواقع من فرد على فرد لا يستهدف منه مقترفه الاعتداء على حق الفرد بالذهاب والاياب والاقامة باعتباره احدى دعامات الحرية الشخصية للفرد بقدر استهدافه الاعتداء على هذا الحق ذاته «وعلى العكس من ذلك فان ممثلى السلطة حين يقبضون على فرد بدون وجه حق اعتمادا على سلطة وظيفتهم فان تصرفهم هذا انما يكون عدوانا مباشرا على الحرية الشخصية لهذا الفرد ومنطويا بذلك على قدر اكبر من الاضرار والاعتداء ويستأهل بالتالى لقدر أعظم من

المسئولية[٤] .

وموقف المشرع لا يمكن الدفاع عنه ، لانه من غير المعقول أن يضع المشرع القبض الواقع من فرد على فرد مع القبض الواقع من سلطة على فرد على قدم المساواه فى المسئولية والعقاب اذ لا يجوز أن تكون هناك مساواه فى المعاملة العقابية بين ممثلى السلطة ، وقد أمدهم هو نفسه بسلطة غير محدودة تضعهم فى مركز يسمح بوقوع الاعتداء منهم على الحرية الشخصية للافراد فى كل لحظة وبين الفرد العادى الذى لا يمكنه أن يوقع عدوانا شبيها على غيره الا فيما ندر وفى أحوال استثنائية ، الامر الذى لايمكن فهمه إلا على أن المشرع المصرى يرغب فى حماية موظفيه المعتدين على الحريات الشخصية للافراد .

ومع ذلك يذهب رأى فى الفقه الى أن غياب التفرقة – فى المسئولية والعقاب – بين القبض الواقع من فرد على فرد والقبض الواقع من سلطة على فرد وهذا الغياب ليس من شأنه ان يحول دون إقامة التفرقة بين القبض المتضمن عدوانا على الحرية الشخصية وهو القبض الواقع من ممثلى السلطة اعتمادا على وظائفهم والقبض الذى لا يتضمن هذا العدوان وهو الواقع من فرد على فرد على اساس ان عمومية النص المقرر للجريمة لاتحول دون تنوع طبيعتها بحسب مصدرها[٥] .

ويلاحظ ايضا بصدد هذه الجريمة : أن القضاء ذهب انه لما كان القبض على شخص هو امساكه من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من التجول وكان حبس الشخص أو حجزه معناه حرمانه من حريته فترة من الزمن ، وكانت هذه الافعال تشترك فى عنصر واحد وهو حرمان الشخص من حريته ، طال أو قصر ، فانه يتعين القول بأن الشارع يعتبر أن كل حد من حرية الشخص في التحرك – سواء عد ذلك قبضا أو حبسا أو حجزا – معاقب عليه فى المادتين ٢٨٠ ، ٢٨٢ ع معا . فتوقع عقوبة الجنحة فى الحالة المبينه فى المادة الأولى – وعقوبة الجناية فى الأحوال المبينة فى المادة الثانية بفقرتها – والقول بغير ذلك يتجافى مع المنطق ، إذ ليس من المعقول أن يكون الشارع قد قصد بالمادة الثانية تغليظ العقوبة فى حالة القبض فقط . والتالى . انتهت المحكمة الى ان تغليظ العقوبة كما يكون فى حالة القبض يكون ايضا فى حالة الحجز والحبس[٦] .

كما قضى ايضا بأن الظروف المشددة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ تتحقق متى كان وقعها مصاحب للقبض ولا يشرط ان تكون تاليا له[٧] .

فالقبض على انسان بدون وجه حق جريمة على اية حال ؛ قد تكون جنحة في بعض الصور وجناية فى بعضها الآخر . وعندما تكون جناية فالقانون يعاقب فيها على الفعل التام كما يعاقب فيها على مجرد الشروع عملا بالمادتين ٤٥ ، ٤٦ ع . اذ هى تتكون من عده أعمال تنتهى باتمامها[٨] . وهذا يقطع بحرص المشرع المصرى على كفالة حرية التجول للمواطنين وكيف يعتبر التعرض لهذه الحرية بدون وجه حق جريمة دائما . ومن ثم فلا معدى من ان يطالب التشريع الاجرائى رجال الشرطة باحترام التشريع العقابى ، لا سيما ذلك النطاق الذى وضع هيكله بخصوص القبض (٣٤٢ أ. ح)[٩] .

وتتبقى ملحوظة أخيره وهى التفرقة بين الحبس والحجز اللاحقين على القبض المشكل للجريمة ، فإذا كان احتجازا فى أحد المسجون سمى حبسا . واذا كان فى مكان خاص غير ذلك الذى تخصصه الحكومة لهذا

الغرض فيسمى الاحتجاز فى هذه الحالة حجزا أو اعتقالا فى محل خاص من غير السجون بدون مبرر قانونى .

مع ملاحظة أن القبض يتميز عن الحبس - كما سبق الشرح[١٠] - بأن القبض سلوك وقتى يبدأ ويتم فى لحظة اتخاذه دون أن يتوقف الأمر على قضاء فتره زمنية معينة أما الحبس والحجز فهو سلوك مستمر لأنه فى جوهره قبض مستمر فى الزمان لفتره معينة طالت هذه الفترة أم قصرت ، ولهذا أهميته القانونية بصدد حساب التقادم اذ لا يبدأ بالنسبة للحبس أو الحجز الا من اليوم الذى يطلق فيه سراح المحبوس أو المحتجز الا أنه يكفى لاكتساب التصرف الصادر من ممثلى السلطة الخصوصة الاجرامية أن تتحقق به احدى هذه الوقائع «القبض» أو «الحبس» أو «الحجز» ، اذا النص لا يحتم اجتماعها ، دون نظر لما اذا كان القبض قد أردف باطلاق السراح فورا أو تبع بحبس أو بحجز ، كما لايلزم أن يكون الحبس مسبوقا بقبض «كالزوج الذى يحتجز زوجته أو المدرس الذى يحتجز تلميذه أو صاحب الفندق أو المشرب الذى يحتجز العميل الذى امتنع عن دفع الحساب . فالقبض والحبس والحجز هى أمور متعادلة تشكل كل منها جريمة مستقلة بذاتها سواء من حيث طبيعتها أو من حيث العناصر المشكلة لها[١١] .

وفقا لما قضى به قضاء النقض الفرنسى فكل مايلزم ان يشكل التصرف واحدا من الاشكال الثلاثة المتطلبة لقيام الجريمة[١٢] .

المطلـب الثانــى

اركان جريمة القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق :-

تتكون أركان جريمة المادة ٢٨٠ ع من الركن المادى :- ويقوم على عنصرين :-

العنصر الأول :- الفعل المادى والعنصر الثانى :- انعدام المبرر القانونى . والركن المعنوى :- هو القصد الجنائى .

أولا :- الركن المادى :- العنصر الاول :-

فعل القبض أو الحبس أو الحجز :-

ينصرف هذا الركن الى الفعل المادى - فهو ينحصر فى اعتداء يقع على الحرية الشخصية بالقبض على شخص أو حبسه أو حجزه[١٣] وقد سبق بيان التفرقة بين صور هذه الجريمة ، والثابت طبقا لقضاء محكمة النقض أنه لايلزم لتوافر الجريمة طبقا للمادة ٢٨٠ ع وجود هذه الافعال الثلاثة مجتمعة ، بل يعاقب المشرع على كل فعل منها اذا وقع على حدة . فالقبض يكفى لوقوع الجريمة ولو لم يعقبه حبس أو حجز . كما لو أطلق سراح المقبوض عليه قبل الوصول الى قسم الشرطة[١٤] أو الى المكان الذى سيحجز فيه كما يكفى الحجز أو الحبس ولو لم يسبقه قبض ويضرب الفقه لذلك مثلا ، بحجز رجل الشرطة شخصا داخل حجرة نوبة «نوبتجية» القسم مدة من الزمن ، وينوع جانب من الفقه بأن المشرع قد أفترض أن كل حبس أو حجز لابد أن يسبقه قبض ، خاصة حين نص على العقوبات الواردة بالمادة ٢٨٢ ع بأن ذكر القبض دون غيره من حق الفعل الاجرامى ولا يتصور أن يكون قصد المشرع هو العقاب على القبض بعقوبة مشددة دون الصور الاخرى وهى أشد جسامة[١٥] .

وتستوى الوسائل المستخدمة فى اتمام هذا الأمر وان كان المشرع قد جعل بعضها مشددا للعقاب كما يستوى أن يقع الفعل بنشاط ايجابى أو بمجرد الامتناع كالأمتناع عن الافراج عن

المحبوس في اللحظة التي يجب فيها قانونا الافراج عنه ويستوى كما سبق القول[١٦] أن يكون الاعتداء على الحرية الشخصية واقعا من موظف أو من فرد عادى وفقا لقضاء جارى لمحكمة النقض المصرية[١٧] .

أو إذ تتم هذه الجريمة بحرمان الشخص من حريته فانها تستمر طالما استمر هذا الحرمان وعلى هذا الاساس تعتبر جريمة القبض بدون وجه حق مستمرة بالقدر الذى يستغرق زمن القبض[١٨] .

العنصر الثانى :- للركن المادى :-

انعدام المبرر القانونى :-

إذ تتم هذه الجريمة بحرمان الشخص من حريته فانها تستمر طالما استمر هذا الحرمان وعلى هذا الاساس تعتبر جريمة القبض بدون وجه حق مستمرة بالقدر الذى يستغرق زمن القبض[١٩] .

بمعنى عدم قانونية أو مشروعية القبض أو الحبس أو الحجز[١٨] .

بمعنى الا يوجد سبب يبيحه ، كالقبض أو الحبس استعمالا للسلطة ، أو استعمالا لحق ، اذ أن المشرع لا يعاقب على فعل يأمر به أو يبيحه .

لذلك يذهب رأى فى الفقه الى اعتبار أن هذا الشرط جاء بدون مقتضى ويعد تزيدا فى النص[٢١] .

كما يوجه البعض الانتقاد الى نص المادة ٢٨٠ ع اذ يتجه رأى فى الفقه على حق الى ان عبارات هذه المادة تؤدى الى القول بأن القبض أو الحبس أو الحجز يعتبر مشروعاً لمجرد وقوعه بأمر أحد الحكام المختصين بذلك ، وهذا القول ليس صحيحا على اطلاقه فقد يكون الامر الصادر من الحاكم المختص قد صدر على غير ما يقضى به القانون مما يصمه بعدم الشرعية ويسأل من ارتكب فعل القبض أو الحجز باعتباره مساهما فى جريمة من اصدر الامر .

ومن ناحية أخرى فقد علق النص شرعية القبض أو تبريره على صدور أمر أحد أحكام وكون المقبوض عليه متهما فى جريمة بينما هناك حالات أجاز فيها المشرع للافراد القبض على المتهم دون توقف على أمر أحد الحكام ، فالمادة ٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية تقرر أن «لكل من شاهد الجانى متلبسا بجناية أو جنحة يجوز فيها قانونا الحبس الاحتياطى أن يسلمه الى اقرب رجل من رجال السلطة»[٢٢] .

وعلى ذلك لا تقوم الجريمة اذا كان مرتكب الفعل المادى قد أتاه وهو فى حالة دفاع شرعى عن النفس أو عن الغير أو فى حالات الضرورة ، كذلك بالتطبيق السليم للمادة / ٦٣ ف ٢ من قانون العقوبات التى قررت أنه «لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أميرى .. متى حسنت نيته وأرتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما أعتقد أن اجراؤه من اختصاصه ....» .

مثال ذلك رجل الشرطة الذى يقبض على شخص ما بمقتضى أمر بالقبض باطل من حيث الشكل أو الذى يقبض بحسن نية على انسان غير الذى عينه أمر بالقبض مستجمع لشروطه القانونية[٢٣] ، بشرط ثبوت حسن النية .

وأرى فى ظل الانتهاكات المستمرة لهذه المواد من قانون العقوبات بواسطة رجال الشرطة ، ومساعديهم وجوب التشديد فيما يتعلق باثبات حسن النية .

ويشير جانب من الفقة مثالا عمليا يوضح به التفرقة بين القبض المعاقب - عليه والقبض بمعنى تقييد حرية الحركة الذى يفلت من العقاب بحالة المجنون وما يتبع ذلك من تقييد حريته وحجزه بقسم الشرطة حتى يتم

ترحيله لدار العلاج فلا يعتبر ذلك من قبيل القبض المعاقب عليه أخذاً في الاعتبار بمقتضيات المصلحة العامة في استقرار الامن واستنادا - أيضا - على نص المادة ٢/٣٧٨ع التي تنص على عقاب من كان موكلا به التحفظ على مجنون في حالة هياج فاطلقه . وعلى النقيض من ذلك فان جريمة الحجز بدون وجه حق تتوافر اركانها ويتعين معه تطبيق نص المادة ٢٨٠ في حالة القبض على شخص سليم العقل ووضعه في مستشفى عام مخصص لعلاج المجاذيب بحجة أنه مختل القوى العقلية[٢٤] .

الركن الثاني :- القصد الجنائي :-

لا يكفي لتقرير المسئولية الجنائية أن يصدر عن الجاني سلوك اجرامي ذو مظهر مادي بل لابد من توافر ركن معنوي أو أدبي يمثل روح المسئولية الجنائية حين يمثل ركنها المادي جسدها الظاهر للعيان[٢٥] .

فتتطلب هذه الجريمة قصداً جنائيا عاما هو اتجاه أرادة الجاني حرمان المجني عليه من حريته في التجول دون وجه حق مع علمه بذلك[٢٦] .

وذلك العلم الذي يتحقق بتوافر عنصري التصور والادراك[٢٧] .

بمعنى علمه بأن من شأن فعله أن يحقق هذه النتيجة[٢٨] .

وعلى ذلك لا تقوم هذه الجريمة اذا أكره المتهم أكراها ماديا على أغلاق مكان على شخص بداخله اذ أن ارادته لم تتجه الى هذا الفعل ، أو اذا - اتجهت أرادته الى الفعل دون النتيجة ، كمن يغلق على أحد مكانا وهو معتقد خلافا للواقع أنه يستطيع مغادرة المكان من باب آخر ، كما لا يقوم القصد بانتفاء العلم بأن الفعل سوف يؤدي لحرمان المجني عليه من حريته ، كمن يغلق الباب بعد خروجه من منزل وهو يعتقد - خلافا للحقيقة - بعدم وجود أحد بداخله[٢٩] .

كما يتخلف العقاب الجنائي لتخلف القصد العمدي اذا ثبت وجود الخطأ ويذهب البعض الى أنه لايجوز الا المساءلة الادارية والمدنية دون الجنائية[٣٠] اذا كان الفعل المادي بعنصريه قد تحقق نتيجة خطأ وقع من مأموري الضبط القضائي . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن «القضاء بالبراءة» - لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدي حتما الى انتفاء المسئولية المدنية ولا يمنع أن تكون نفس هذه الواقعة فعلا خاطئا ضارا يوجب الزام فاعله بتعويض الضرر[٣١] اذ أن الجاري بقضاء النقض أن الحكم بالبراءة لا يجوز حجية بصدد لدعوى المدنية الا في حالات محددة حصرا[٣٢] ويتفق الفقه المصري على أن الجهل بقانون الاجراءات الجنائية الذي يحدد الحالات التي يجوز فيها القبض وشروط توافر كل حالة يعتبر جهلا بقانون آخر غير قانون العقوبات وبالتالي يصلح سببا لنفي القصد الجنائي[٣٣] على عكس القاعدة المعروفة في الفقه والتي كرسها قانون العقوبات المصري في المادة الخامسة منه بعدم جواز الاعتذار بالجهل بقانون العقوبات . ليسد المشرع ثغره في الركن المعنوي في احد عناصريه وهو عنصر العلم . حيث - يفترض العلم باحكامه بقوة القانون ولا يقبل اثبات العكس . الا استثناءا وبتوافر عناصر القصد العمدي يتحقق اركان الجريمة بركنيها المادي والمعنوي وكما سبق القول لا يعتد بعد ذلك بالبواعث الدافعة لاتكاب الجريمة ....

ثالثا : العقوبة :

نص المشرع في المادة ٢٨٠ على ان تكون العقوبة الغرامة التي لاتتجاوز عشرين جنيه مصري أو بالحبس . وشدد

العقوبات طبقا للمادة ٢٨٢ لتصل الى السجن وقد تصل الى الاشغال الشاقة المؤقتة اذا اقترن القبض بالتهديد بالقتل أو بالتعذيبات البدنية وأخيرا نرى انه يجب على السادة أعضاء النيابة بذل ما يكفى من الاهتمام بصدد ما يبلغ اليهم عن وقوع تلك الجرائم خاصة اذا وقعت من أحد الموظفين العموميين .

واذا كنا قد ركزنا على ما يقع بواسطة رجال الشرطة بصفة خاصة فذلك لما خولهم القانون من سلطات تتسع حاليا وعليهم اللجوء الى الاساليب القانونية التى نص عليها التشريع الاجرائى ضمانا لحسن سير العدالة اذ أن المبدأ الذى أرسته محكمة النقض . أنه لا يضير للعدالة أن يفلت مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون حق .

يجب ألا يكون القاضى مستقلاً فحسب .. أى متحرراً من كل تأثير أو سلطة - بل يجب إلى جانب ذلك أن يكون متحرراً من أى عمل أو علاقات سياسية أو مالية أو التزامات أخرى ، ليتمكن الشعب من الاعتراف باستقلاله .

القاضى الإنجليزى باركر

هـــوامش

(١ ، ٢) أ . د . محمد الحسينى مصيلحى . حقوق الإنسان بين الشريعة الاسلامية والقانون الدولى . تقديم شيخ الأزهر . دار النهضة العربية . طـ ١٩٨٨ ص ٤٤ .

(٣) راجع لمزيد من الشرح فى القبض الباطل الجزء الاول من هذه الدراسة .

صلاح الدين جمال . القبض الغير قانونى وجزاء البطلان دراسة فى قانونى الاجراءات والعقوبات المحاماه . العدد الثالث والرابع مارس ١٩٨٩ ص ١١٧ - ١٤٢ .

راجع ذلك الاستاذ الدكتور رؤوف عبيد مبادىء الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى طـ ١٥ . ص ٤٥ ، ٥٩ .

وراجع الماده ٢٢ من قانون الاجراءات الجنائية .

(٤) تقابل المواد ٣٤١ الى ٣٤٤ من قانون العقوبات الفرنسى .

(٥) استاذنا الدكتور أحمد فتحى سرور . الوسيط فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص طـ ١٩٨٦ ص ٥٤ ومابعدها . وأنظر حكم النقض فى الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٣٤ ق . ج ١٩٦٤/١٢/٨ .

(٦) مثلا : فرق القانون الفرنسى بين القبض الواقع من فرض على فرض المادة/ ٣٤١ ع المعدلة بالقانون رقم ٧٠ - ٤٨٠ الصادر فى ٨ يونيو ١٩٧٠ جاعلا منها جناية فى جميع صورها عقوبتها الاشغال الشاقه المؤبدة اذا كان الاعتقال قد تجاوز شهرا والاشغال الشاقة من عشر سنوات الى عشرين اذا كان الاعتقال لم يتجاوز مدته شهرا ، والحبس من سنتين الى خمسه اذا أطلق سراح المعتقل أو من فى حكمه قبل تمام اليوم الخامس من الاعتقال . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن واقعة القبض على فرد أو اعتقاله بطريقة غير قانونيه تشكل جناية ايا ما كانت مدة الاعتقال . وأن منع الحرية للمعتقل قبل مضى العشرة ايام «أصبحت خمسة» وقبل كل تحقيق لا يغير فى طبيعه التصرف ولا يقلب الفعل الى جنحه لكنه يشكل فقط حالة من حالات العذر القانونى .

هذا عن القبض الواقع من فرد على فرد ، فاذا كان القبض أو الاعتقال قد وقع من سلطة على فرد أى من أحد ممثلى السلطة العامة اعتمادا على سلطة وظيفته ، فإن المادة - ١/١١٤ ع هى التى تكون واجبة التطبيق على مثل هذا الموظف وقد قرر لها المشرع الفرنسى عقوبة التجريد المدنى .

(٧) راجع فى ذلك . الاستاذ الدكتور . محمد زكى أبو عامر . الحماية الجنائية للحريات الشخصية منشأة المعارف بالاسكندرية طـ ١٩٧٩ . ص ٤٥ - ٤٦ .

(٨) نقض ١٩٤٤/٥/٨ مج . قواعد النقض . حـ ٢ رقم ١ ص ٩٣٠ .

(٩) نقض ١٩٥١/١/١٦ ق مج . قواعد النقض حـ ٢ رقم ٦ ص ٩٣١ .

(١٠) نقض ١٩٥٠/٥/٣٠ ق مج . قواعد النقض حـ ٢ رقم ٤ ص .

(١١) د . قدر عبد الفتاح الشهاوى . جرائم السلطة الشرطية . النهضة المصرية . - ١٩٧٧ ص ٤٦ - ٤٧ .

(١٢) راجع صلاح الدين جمال مرجع سبق ذكره ص ١١٨ - ١٢٣ .

(١٣) ومن ثم يكون مايقرره بعض الفقه من أن لفظ القبض يكفى وحده التعبير عن قصد المشرع من الحبس والحجز هو قول محل نظر من ذلك . أحمد فتحى سرور الوسيط فى قانون العقوبات مرجع سب ذكره ص ٥٤٢ .

هوامش

(١٤) ويلاحظ أن مالا يعتبر قبضا فى القانون لا تقوم به الجريمة وعلى هذا - على ما سيأتى بيانه - فان مجرد منع الشخص من الذهاب الى مكان معين لاتقوم به الجريمة كما أنه يستوى فى تحقق معنى القبض أن يقع باستعمال القوه والتهديد أو دون استخدامهما مادام قد جاء رغم ارادة المقبوض عليه ، وأن لعب ذلك دوره فى مجال العقوبة كما هو واضح من نص المادة ٢٨٢ ع ١٣ راجع فى صور هذه الجريمة والتمييز بينهما . صلاح الدين جمال مرجع سبق ذكره . وكذلك الاستاذه الدكتورة فوزيه عبد الستار . شرح - قانون العقوبات . القسم الخاص دار النهضه العربية ط ١٩٨٢ . ص ٥٠٧ .

(١٥) أنظر فى ذلك الاستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور الوسيط فى قانون العقوبات القسم الخاص ط ١٩٧٩ ص ٦٤١ .

(١٦) راجع المطلب الاول فى الطبيعة القانونية لجريمة القبض على الناس بدون وجه حق . والتعليق على هذه المساواة .

(١٧) من ذلك . نقض ١٩٦٤/١٢/٨ مج أحكام النقض . س ١٥ رقم ١٥٩ ص ٨٠٥ .

(١٨) أ . د . أحمد فتحى سرور الوسيط فى قانون العقوبات القسم الخاص . ط ثالثة ١٩٨٥ ص ١٨٠ ومابعدها .

(١٩) قرب . أ . د قدرى عبد الفتاح جرائم السلطة الشرطية . مرجع سبق ذكره . ص ٥٠٩ .

(٢٠) من هذا الرأى . الاستاذة الدكتورة فوزيه عبد الستار . مرجع سبق ذكره ص ٥٠٩ .

(٢١) المرجع السابق .

(٢٢) استاذنا الدكتور أحمد فتحى سرور . نظرية البطلان فى قانون الاجراءات . ط . ١٩٥٩ ص ٤ .

(٢٣) د. قدرى عبد الفتاح . مرجع سبق ذكره ص ٤٣ ويشير الى الفقه الفرنسى جاروه جـ ٥ ص ١٨٩ .

(٢٤) الاستاذ الدكتور رؤوف عبيد . مبادىء القسم العام من التشريع العقابى ط ٤٠ . ص ٢٧٣ .

المستشار مصطفى مجدى هرجه . التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء القسم الخاص دار الثقافة . ط . ١٩٨٨ ص ٦ .

(٢٥) راجع فى عناصر العلم والاراده استاذنا الدكتور نبيل مدحت سالم . الخطأ غير العمدى . ط ١٩٨٨ وأستاذنا الدكتور رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٢٧٣ .

(٢٦) أ . د . فوزية عبد الستار . مرجع سبق ذكره . ص ٥٠٩ .

(٢٧) المرجع السابق .

(٢٨) د . قدرى عبد الفتاح . النظرية العامة مرجع سبق ذكره ص ٢٢٤ .

(٢٩) نقض ١٩٥٦/٤/١٧ فى الطعن رقم ١٤٢٢ .

(٣٠) نقض ١٩٦٧/٤/٤ مج أحكام النقض . س ١٨ رقم ٩٣ ص ٤٩٢ .

(٣١) أ . د . فوزية عبد الستار . المرجع السابق . كذلك المستشار مصطفى مجدى هرجه المرجع السابق والدكتور قدرى عبد الفتاح . المرجع السابق .

(٣٢) نقض ١٩٥٨/١٠/٢١ . مج أبو شادى جـ ٣ رقم ٣٩٨٩ . ص ١٨٨٦ .

آثار الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية

للسيد الدكتور/ عادل عمر شريف
المستشار المساعد بمجلس الدولة

أصبح للقضاء الدستورى فى الأمم المتحضرة أهمية بالغة تتزايد يوما بعد يوم أملاها دور هذا القضاء فى تكريس الشرعية الدستورية واعلاءه لأحكام دستور الدولة على ماعداها من أحكام القوانين والتشريعات المعمول بها فيها . والقضاء الدستورى هو القضاء الذى يختص برقابة دستورية التشريعات والفصل فى مدى توافقها أو تعارضها مع أحكام الدستور القائم يستوى فى ذلك أن تتولى هذا الفصل المحاكم على اختلاف درجاتها كما هو الحال فى الولايات المتحدة الأمريكية ، أو أن تباشره محكمة دستورية متخصصة كما هو الوضع فى جمهورية مصر العربية .

وتبعا لذلك ، فان الاختصاص الأصيل للقضاء الدستورى هو الفصل فى دستورية التشريعات . أما الاختصاصات الأخرى التى قد يعهد بها الدستور أو المشرع الى المحكمة التى تتولى رقابة دستورية التشريع ، كالاختصاص بتفسير النصوص التشريعية أو الاختصاص بالفصل فى تنازع الاختصاص الايجابى أو السلبى بين جهات القضاء المختلفة ، أو غيرها انما هى اختصاصات اضافية تباشرها هذه المحكمة الى جانب اختصاصها الأساسى بالفصل فى دستورية التشريعات والذى يدور القضاء الدستورى معه وجودا وعدما[٢] .

والواقع أن الدراسات المتعلقة بموضوعات القضاء الدستورى فى مصر لم تزل فى بداية عهدها ، ولم تنل بعد العناية الكافية خلافًا لما حظيت به الموضوعات المتعلقة بالقضاء الادارى . وازاء ذلك نرى انه من اللازم توضيح أهمية موضوعات القضاء الدستورى وافرادها بعناية خاصة باعتبار هذا القضاء هو القائم على حماية أحكام الدستور وهو الذى يواجه سلطة التشريع ويلغى قوة نفاذ أى عمل تخرج به على هذه الأحكام .

وقد سبق لنا من قبل أن استعرضنا الموضوعات المختلفة التى يثيرها البحث فى القضاء الدستورى ، ويسعدنا أن نقرر أن الخطة التى سرنا على هديها والموضوعات التى تخيرناها للدراسة قد وجدت صدى لدى المشتغلين بالقانون وانعكست واضحة فى بعض المؤلفات الصادرة حول هذا الموضوع[٣] .

وابرازا لأهمية موضوعات القضاء الدستورى ، فقد رأينا أن نخصص هذه الدراسة لواحد من أهم موضوعات هذا القضاء ، وهو موضوع «الآثار التى تترتب على الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية» .

والملاحظ فى هذه الخصوص أن السلطات الممنوحة للجهة القضائية المختصة برقابة دستورية التشريعات تضيق وتتسع حسب النظام المطبق ، وتتمثل هذه السلطات فى اجراءات سلبية أو ايجابية تتخذها تلك الجهة فى شأن التشريع الذى تقضى بعدم دستوريته ويتحدد على ضوئها

أثر الحكم في الدعوى الدستورية[٥] .

فبعض النظم شأن النظام المطبق في الولايات المتحدة الامريكية ، وفي كندا وفي اليابان تسمح للجهة القضائية المختصة برقابة الدستورية بالامتناع عن تطبيق التشريع الذى يتبين لها عدم دستوريته على النزاع المطروح عليها ، هنا تكون الحجية التي يحوزها الحكم الصادر في الدعوى الدستورية حجية نسبية : لا تتجاوز حدود النزاع الذى كان معروضا أمام المحكمة التي أصدرت الحكم ولا يمتنع معها من الناحية النظرية امكان اعادة تطبيق التشريع الممتنع عن أعماله في مناسبات أخرى ، ولا يحول دون نسبية هذه الحجية التزام المحاكم العمل بمقتضاها انباعا لنظام السوابق القضائية ، أو توقيا لتعقيب المحاكم الاعلى في التنظيم القضائي .

وقد تصل سلطة الجهة القضائية المختصة برقابة الدستورية في بعض النظم كما هو الحال في سويسرا وايطاليا الى الغاء القانون الذى تقضى بمخالفته للدستور ، ومثل هذا القضاء يحوز حجية مطلقة لانسبية يترتب عليها سقوط التشريع المقضى بعدم دستوريته بصورة نهائية من مجال التطبيق .

والى جوار الصورتين المتقدمتين (الامتناع - الغاء التشريع) توجد صورتان أخريان يعرفهما النظام الامريكى ، أولاهما - اصدار الامر القضائي بالمنع ، والثانية - هى الالتجاء الى دعوى تقرير الحقوق .

والحجية التي يحوزها الامر القضائي بالمنع ، وكذلك الحكم التقريرى حجية نسبية شأنهما في ذلك شأن الحكم بالامتناع .

وقد أشار روبرت جاكسون أحد قضاة المحكمة الاتحادية العليا الامريكية الى هذه الحجية النسبية التي تحوزها الاحكام والقرارات القضائية في المسائل الدستورية حين قرر أنه على الرغم من عمومية منطوق هذه الاحكام أو القرارات فان حجيتها تكون مقصورة على أطراف الدعوى ، أما بالنسبة للآخرين فلا يتعدى أثر هذه الحجية الدلالة على الاتجاهات المستقبلية للقضاء باعتبار الحكم سابقة قضائية من المستحب أن تتبعها المحاكم في الحالات المماثلة[٥] .

وفي مصر استقرت الأوضاع - قبل انشاء المحكمة العليا - في الوقت الذى قرر فيه القضاء حقه في رقابة دستورية التشريعات على قصر سلطة المحكمة عندما تتبين عدم دستورية التشريع على الامتناع عن تطبيقه على واقعات الدعوى ، فكانت الرقابة القضائية على الدستورية هي رقابة امتناع لاأكثر ، ومثل هذا الامتناع يقتصر أثره على اهمال أعمال التشريع ، ولا يحول ذلك دون امكان اعادة تطبيقه عن طريق أى محكمة أخرى ، بل وعن طريق ذات المحكمة التي سبق وأن امتنعت عن تطبيقه ، وذلك عند تعرضها لقضية أخرى . ومن ثم ، فانه في الفترة السابقة على انشاء المحكمة العليا كانت رقابة الامتناع لا تلغى التشريع الذى يتبين للمحكمة عدم دستوريته ، وكانت حجية هذا الامتناع حجية نسبية مقصورة على حدود الدعوى التي تم فيها ، ولا تخرج عليها .

وقد اختلف هذا الوضع في عهد المحكمة العليا ، والواقع أن نصوص قانون المحكمة رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ لم تتضمن بيانا للاثر الذى يترتب على الحكم في الدعاوى الدستورية غير أن المشرع سرعان ماتدارك ذلك عندما أصدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ المشار اليه اذ قضى في المادة ٣١ منه بأن ينشر في الجريدة الرسمية منطوق الاحكام الصادرة من المحكمة العليا

بالفصل فى دستورية القوانين ، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء .

وحين صدر دستور سنة ١٩٧١ تطلب فى المادة ١٧٨ منه نشر احكام المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية فى الجريدة الرسمية ، وقضى بأن ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية النصوص من آثار .

وتنفيذا لذلك ، فان قانون المحكمة الدستورية العليا بعد أن نص فى المادة ٢٥ أولا منه على عقد الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح ، نص فى المادة ٤٨ على أن أحكام المحكمة وقراراتها نهائية ، وغير قابلة للطعن ، وقضت المادة ٤٩ منه بأن أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، وتنشر هذه الأحكام فى الجريدة الرسمية بغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من

صدورها ، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ، فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى تعتبر الاحكام التى صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص كأن لم تكن .

وهكذا جاءت أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا أكثر تفصيلا فى هذا المجال ، ولم تترك الأمر للاجتهاد القضائى بل حسمته بنصوص صريحه .

تقســيم :

وتبعا لما تقدم يقتضى بحث أثر الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية فى عهد المحكمة العليا ، وكذلك فى ظل المحكمة الدستورية العليا الرؤوف - من خلال الاحكام القانونية التى تعرضت لبيان هذا الأثر مع استعراض أحكام القضاء فى هذا الخصوص - على حجية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية ، وأثره فى الغاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته ، مع تحديد النطاق الزمنى لتنفيذه ، وكذلك مايترتب عليه من خروج النزاع من ولاية المحكمة ، وهو مانتناوله فى الفصول الأربعة الاتية :

★ الفصل الاول - حجية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية .

★ الفصل الثانى - الحكم بعدم الدستورية يلغى قوة نفاذ النص التشريعى .

☆ الفصل الثالث - النطاق الزمنى لتنفيذ الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية .

★ الفصل الرابع - خروج النزاع من ولاية المحكمة الدستورية العليا .

الفصل الاول
حجية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية

تقسيم :

نستعرض - فى مبحثين - مفهوم هذه الحجية فى قضاء المحكمة العليا ، ثم فى قضاء المحكمة الدستورية العليا على التوالى :

المبحث الاول
حجية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية فى قضاء المحكمة العليا

استقام قضاء المحكمة العليا على أن الخصومة فى الدعوى الدستورية خصومة عينية توجه الى النص الطعين ذاته توصلا الى الحكم بعدم دستوريته ، مما

يقتضى أن يحوز الحكم الصادر فى هذه الدعوى حجية مطلقة ينسحب أثرها الى الكافة لا حجية نسبية يقتصر أثرها على أطراف النزاع ، وفى ذلك قضت المحكمة فى الدعوى الدستورية رقم ٢ لسنة ٢ القضائية بجلسة

أول مارس سنة ١٩٧٥ «بأن الدعوى الدستورية شأنها غير شأن الدعوى العادية ، لأن الخصومة فيها عينية تستهدف الطعن فى النص القانونى للحصول على حكم بعدم دستوريته ويكون الحكم الصادر فيها حجة على الكافة طبقا للمادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة»(٦) ، وهو ماقضت به فى الدعوى الدستورية رقم ٤ لسنة ٥ القضائية بجلسة ٣ من ابريل سنة ١٩٧٦(٧) ، وعادت وأكدته بحكمها فى الدعوى الدستورية رقم ١٦ لسنة ٧ القضائية بجلسة ٥ من فبراير سنة ١٩٧٧ الذى تضمن أن «الخصومة فى الدعاوى الدستورية انما توجه ضد النصوص التشريعية المطعون فيها لعيب دستورى ، ومن ثم ، فهى خصومة عينية ، وتكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية أى نص تشريعى ملزمة لجميع جهات القضاء عملا بالمادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ التى تضفى عليها حجية مطلقة ، فلا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعاوى التى صدرت بشأنها ، بل ينصرف هذا الأثر الى الكافة ، بحيث اذا أثير طعن فى دعوى تالية بشأن عدم دستورية نص سبق للمحكمة العليا القضاء بعدم دستوريته كانت هذه الدعوى غير ذات موضوع ، وبالتالى غير مقبولة»(٨) .

واذا كان من المقرر أن هذه الحجية المطلقة تشمل جميع الأحكام الصادرة بعدم الدستورية فان التساؤل يثور فى شأن غيرها من الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية ؟.

ويلاحظ هنا أنه فى الأحكام التى تفصل فيها المحكمة فى دستورية النصوص المطروحة عليها ، وتقتصر على بحث شكل الدعوى ، وتنتهى الى عدم قبولها لعدم توافر الشروط المتطلبة لذلك كشرط الميعاد أو كشرط المصلحة ، فان هذه الاحكام لاتحوز حجية مطلقة ، وانما تكون حجيتها نسبية لا تمنع المحكمة من اعادة نظر دستورية ذات النص الذى سبق وان قضت بعدم قبول الدعوى المطعون فيها عليه ، وذلك اذا توافرت الشروط اللازمة لقبول الدعوى الدستورية ، واتصلت بالمحكمة اتصالا مطابقا للاوضاع المقررة قانونا، فالمحكمة لم يسبق لها نظر الموضوع ، ولا ينبغى ان يكون عدم القبول حائلا دون نظره بعد ذلك عند استيفاء الشروط المتطلبة قانونا(٩) .

أما الأحكام الصادرة برفض الطعن ، وبالتالى بدستورية النص المطعون عليه فهى التى أثارت التساؤل حول مدى تمتعها بالحجية المطلقة من عدمه ؟ وقد عرض هذا الامر أمام المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية رقم ٨ لسنة ٣ القضائية ، والتى طعن فيها بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد فى الاراضى الزراعية وما فى حكمها ، والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ - بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون على الرغم من أن المحكمة سبق لها أن قضت فى دعوى أخرى برفض الطعن بعدم دستورية هذين التشريعين فدفعت الحكومة باعتبار الخصومة منتهية مستندة فى ذلك الى أن «الدعوى الدستورية دعوى عينية تستهدف الطعن فى التشريع للحصول على حكم بعدم دستوريته ، وأن المحكمة العليا فى ممارستها للرقابة القضائية على دستورية القوانين طبقا لقانون انشائها لا تتقيد بالأسباب التى يبديها المدعى فى الدعوى ، فلها أن تستظهر أسباب أخرى غير ماأبدى فيها ، وتبسط رقابتها كاملة فى هذا الشأن ،

لذلك يكون الحكم الذى يصدر فى الدعوى الدستورية له حجية على الكافة يستوى فى ذلك الحكم الذى يصدر بعدم دستوريـة النص ، والحكم الذى يقضى برفض الدعوى ، وعلى مقتضى ذلك نصت المادة ٣١ من قانون الاجـراءات والـرسوم أمـام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ على أن تنشر فى الجريـدة الرسميـة الاحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستوريـة القوانين ، وتكون هذه الاحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، والمستفاد من اطـلاق النص وورود عبارة «الاحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين» عامة دون تخصيص أن الاثر الذى رتبه القانون ، وهو التزام جميـع جهات القضاء بها يشمل تلك الاحكام كافة سواء قضت بعدم دستورية النص أم قضت برفض الدعوى ، ولما كانت المحكمة العليا سبق أن قضت برفض دعوى خاصة بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ ، وقـرار رئـيس الجمهوريـة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ، ونشر قضاؤها فى هذا الشأن فى الجريدة الرسمية طبقا للمادة ٣١ آنفة الذكر ، فان الخصومة فى هذه الدعوى ، وقد تضمنت طلب الحكم بعدم دستورية هذيـن التشريعين تكون منتهية لسبق الفصل في دعوى الدستورية المقامة بشأنهما» .

غير أن المحكمة لم تساير دفاع الحكومة ، وانما اتجهت الى رفض تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية مقيمة قضاءها على أن الدفع المشار إليه «مردود بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى تمارسها المحكمة العليا من خلال الفصل فى الدعاوى الدستورية طبقا للفقرة الاولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ تستهـدف حمايـة الدستـــور وصونه ، وذلك عن طريق انهاء قـوة نفـاذ النص المخالـف للدستور ، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة الى التشريع ذاته فان مقتضى ذلك ان الحكم الذى يصدر بعدم دستوريـة نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص ، ويغدو معدوما مـن الناحيـة القانونيـة ، ويسقـط كتشريع من تشريعات الدولة ، ولما كان هذا الاثر لا يقبل التجزئة بطبيعته فان حجية الحكم الصادر بعدم دستوريـة نص تشريعى لاتقتصر على اطراف النزاع فى الدعوى التى قضى فيها فقط ، وانما ينصرف أثر هذا الحكم الى الكافة ، ويكون حجة عليهم ، والأمر يختلف بالنسبة الى حجية الحكم الذى يصدر من المحكمة العليا برفض الطعن بعدم دستوريـة نص تشريعى ، فهذا الحكم لا يمس التشريع الذى يطعن بعدم دستوريته فيظل هذا التشريع قائما بعد صدور الحكم ، ولا يحوز الحكم المذكور سوى حجية نسبية بين أطـراف النزاع ، لذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع القائم مرة أخرى ، ولا وجه للقول بأن المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم امام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ اذ تنص على نشر منطوق الاحكـام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء فانها تعنى التزام جهات القضاء بالاحكام الصادرة بالفصل فى دستورية القوانين كافة ، يستوى فى ذلك الاحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعى ، والاحكام الصادرة برفض الطعن ، وتكون لهذه الاحكام جميعها حجية علـى الكافة ، ذلك أن المادة ٣١ المشار اليها بنصها على التزام جميع جهات القضاء بالاحكام

الصادرة من المحكمة العليا فى الدعاوى الدستورية انما تعنى بحكمها الاحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية النصوص التشريعية فحسب ، اذ أن النص على التزام جميع جهات القضاء بهذه الاحكام مرده الى الأثر الذى يترتب على صدورها ، ويتمثل في انهاء قوة نفاذ النص التشريعى ، واكتساب الحكم حجية على الكافة نتيجة لانهاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته ، وأما الأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعى فانها لا تمس التشريع المطعون فيه ، ولا يكون لهذه الاحكام سوى حجية نسبية بين أطرافها على ماتقدم ، لذلك تنتفى الحكمة والعلة من التزام جميع جهات القضاء بها ، ومن ثم ، فلا يعدو نشر الاحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية برفض الطعن في نص تشريعى فى الجريدة الرسمية ان يكون اعلانا لمنهج المحكمة فى رقابة دستورية القوانين ، والتعريف بهذا القضاء ، والتبصير به كى يستهدى به عند اثارة الطعون بعدم الدستورية أمام جهات القضاء ، ولا يترتب عليه أن تكون هذه الاحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، يؤيد هذا النظر أنه من المسلم فى دعوى الغاء القرارات الادارية ، وهى دعوى عينية تهدف الى الغاء القرارات الادارية واعدام آثارها فهى مماثلة فى طبيعتها للدعوى للدعوى الدستورية – ان الحجية على الكافة مقصورة على الأحكام التى تصدر فى هذه الدعوى بالالغاء وذلك نتيجة لاعدام القرار الادارى فى دعوى هى في حقيقتها اختصام له فى ذاته ، أمام الاحكام الصادرة برفض الطعن فليس لها سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع ، وعلى هذا تنص صراحة المادة ٥٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث تقول «تسرى في شأن جميع الاحكام القواعد الخاصة بقوة الشئ المحكوم فيه ، على أن الاحكام الصادرة بالالغاء تكون حجة على الكافة» .

ومن حيث أنه لما تقدم فان قضاء هذه المحكمة برفض الطعن بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ ، وعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ليس له حجية على الكافة ، ولا يحول دون الفصل في الدعوى القائمة المرفوعة من مدعيين لم يكن أيهما طرفا في الدعوى التى قضى فيها برفض الطعن بعدم دستورية التشريعين آنفى الذكر ، ومن ثم ، يكون الدفع باعتبار الخصومة منتهية غير قائم على أساس سليم من القانون متعينا رفضه»[١٠] .

وهكذا اتجهت المحكمة العليا الى أن الحجية المطلقة للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية لا تحوزها الا الأحكام الصادرة بعدم الدستورية دون الاحكام الصادرة برفض الدعوى ، وبالتالى بدستورية النص التشريعى المطعون عليه ، وقد أيد البعض[١١] هذا الاتجاه ، الذى يجد مصدره فى النظام المعمول به فى ايطاليا ، حيث تعتبر الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الايطالية بعدم الدستورية حجة على الكافة ، أما أحكامها برفض الطعن فإنها لا تحوز الا حجية نسبية ، وليس هناك مايمنع من اعادة اثارة المسألة الدستورية التى تضمنتها ، ولو من ذات الخصوم فى نزاع آخر يكون بينهم[١٢] ، كما أنه اتجاه يستند الى الاعتبارات التى أدت الى تقرير الحجية النسبية للحكم بالرفض فى دعوى الالغاء أمام القضاء الادارى ، والتى تقوم على نظرية احتمالات الخطأ « Les Chancas dérreur فاحتمالات الخطأ فى حالة رفض الدعوى أقوى منها بكثير فى حالة قبولها والغاء القرار ، وعند

الرفض يبقى القرار قائما ، ولا يعنى الرفض أكثر من أن المحكمة لم تقتنع بما استند اليه المدعى فى دعواه ، وقد تكون ثمة أسانيد جديدة مما لاتملك المحكمة اثارتها من تلقاء نفسها تقطع بعدم مشروعية القرار[١٣] .

المبحث الثانى

حجية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية فى قضاء المحكمة الدستورية العليا

اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا - شأن قضاء المحكمة العليا - على تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية استنادا الى أن مؤدى نصوص الدستور وقانون انشاء المحكمة أن الاحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية ، وهى بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها الى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستورى ، تكون لها حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعاوى التى صدرت فيها ، وانما ينصرف هذ الأثر الى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة[١٤] .

على أنه فيما يتعلق بنطاق هذه الحجية ، ومدها الى الاحكام الصادرة بالرفض فى الدعوى الدستورية ، فان المحكمة اتخذت موقفا مناقضا من قضاء المحكمة العليا المشار اليه ، فهذا القضاء منتقد وبحق وفقا لما ذهب اليه جانب من الفقه تأسيسا على أنه اذا كانت المحكمة من تقرير الحجية النسبية بالنسبة للاحكام الصادرة بالرفض من القضاء الادارى أنه قد توجد أسانيد أخرى مما لاتملك المحكمة اثارتها من تلقاء نفسها ، تقطع بعدم مشروعية القرار ، فان هذه الحجية لاوجود لها بالنسبة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا برفض عدم الدستورية ، فالمحكمة لاتقتصر على الأسباب التى أبداها الطاعن فى طعنه ، وانما تسترد كامل سلطتها بالنسبة للقانون أو اللائحة المطعون بعدم دستوريتها ، كما أن للمحكمة حق التصدى من تلقاء نفسها للنص غير الدستورى مما يعطيها الحق فى أن تتصدى لأى نص ترى عدم دستوريته فى قانون أو لائحة معروضة أمامها ، وبالاضافة الى ذلك فان نص الفقرة الاولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة حين قرر أن أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، لم يفرق بين الحكم بعدم الدستورية والحكم برفض الطعن مما يدل على أن المشرع قد أراد أن تكون الحجية واحدة سواء بالنسبة لأحكام القبول أو الرفض الموضوعى[١٥] .

وهذا الاتجاه الأخير هو الجدير بالتأييد لأسبابه ، كما وأن الدعوى الدستورية وان كانت تشترك مع دعوى الغاء القرار الادارى فى الانتماء الى القضاء العينى ، الا أن الفروق تظل بينهما قائمة ومستندة فى الاساس الى تعلق الاولى بقضاء الدستورية ، واتصال الثانية بقضاء المشروعية ، ومن شأن هذا الخلاف أن تختلف آثار الحكم فى كل دعوى من الدعويين بالنظر الى طبيعتها ، والى تحديد المشرع لهذه الآثار ، ولما كان ذلك ، وكان تسويد أحكام الدستور يقتضى تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية سواء بعدم الدستورية أم بالرفض الموضوعى سواء بسواء ، وكان المشرع قد أقر هذا النظر حين أطلق الحجية لهذه الاحكام دون أن يفرق بينها ، فمن ثم ، فانه يتعين اعمال مقتضى ذلك ، وتقرير الحجية المطلقة لا النسبية للحكم الصادر بالرفض الموضوعى فى الدعوى الدستورية .

ولكل ذلك فقد نقضت

المحكمة الدستورية العليا قضاء المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية رقم ٨ لسنة ٣ القضائية المشار اليها ، وتواترت احكامها على ان الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية تحوزها الاحكام الصادرة بعدم الدستورية وتلك الصادرة برفض الدعوى ، وفى ذلك ذهبت المحكمة فى القضية الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية بجلسة ٦ من فبراير سنة ١٩٨٢ : الى أن مؤدى حكم الفقرة الاولى من المادة الرابعة

من قانون المحكمة العليا التى تعقد لها الاختصاص دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين ، وحكم المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم امامها التى تقضى بنشر منطوق الاحكام الصادرة عنها بالفصل فى دستورية القوانين ، وبأن تكون هذه الاحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، ان للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية حجية مطلقة لانسبية ، تنصرف الى الكافة ، وتلتزم بها جميع جهات القضاء «سواء أكانت هذه الاحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أم الى دستوريته ، ورفض الدعوى على هذا الاساس ، وذلك لعموم نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا ، والمادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمامها ... ، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى اختصت بها المحكمة العليا دون غيرها هى رقابة شاملة ، تمتد الى حكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه ، والى تقرير دستوريته ، وبالتالى سلامته من جميع العيوب ، وأوجه البطلان»[١٦] .

وفى القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٣ القضائية قضت المحكمة بجلسة ٥ من نوفمبر سنة ١٩٨٣ بأن «الفقرة الاولى من المادة ١٧٥ من الدستور قد

نصت على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ...) ، كما قضت المادة ١٧٨ من الدستور بأن (تنشر فى الجريدة الرسمية الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية) ، ونصت المادة ١/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون

رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن (أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة) ، ومؤدى ذلك أن الاحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية - وهى بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها الى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستورى - تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعوى التى صدرت فيها ، وانما ينصرف هذا الاثر الى الكافة ، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة ، سواء أكانت هذه الاحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أم الى دستوريته ، ورفض الدعوى هذا الاساس ، وذلك لعموم نصوص المادة ١٧٥ ، ١٧٨ من الدستور والمادة ١/٤٩ من قانون المحكمة المشار اليها ، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هى رقابة شاملة تمتد الى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه ، والى تقرير دستوريته ، وبالتالى سلامته من جميع العيوب ، وأوجه البطلان»[١٧] .

وهو مارددته المحكمة أيضا بحكمها بجلسة ١٧ من مارس سنة ١٩٨٤ فى القضية الدستورية رقم ١٣٦ لسنة ٥ القضائية ،[١٨] وبحكميها بجلسة ٤ من يونيه سنة ١٩٨٨ فى القضية الدستورية رقم ٩٩ لسنة ٤ القضائية ، والقضية الدستورية رقم ١٠ لسنة ٧

القضائية ،[19] وبحكمها بجلسة ١٩ من يونيه سنة ١٩٨٨ فى القضية رقم ٥ لسنة ٧ القضائية (منازعة تنفيذ)[20] .

ومن أحدث الأحكام التى أكدت فيها المحكمة على هذا المبدأ أحكامها بجلسة ٤ من فبراير سنة ١٩٨٩ فى القضايا الدستورية أرقام ٦٧ لسنة ٣و ٤ لسنة ٤ و ١٣٣ لسنة ٤ و ١٢٥ لسنة ٥ و ١٤٣ لسنة ٥ و ٢٤ لسنة ٦ و ٢٨ لسنة ٨ القضائية ، وأحكامها بجلسة ٤ من مارس سنة ١٩٨٩ فى القضايا الدستورية أرقام ٦٨ و ٦٩ لسنة ٣ و ٣٧ لسنة ٤ و ٣٢ لسنة ٧ القضائية ، وحكمها بجلسة ١٨ من مارس سنة ١٩٨٩ فى القضية الدستورية رقم ٧٠ لسنة ٤ القضائية ، وحكمها بجلسة أول ابرايل سنة ١٩٨٩ فى القضية الدستورية رقم ١٠٩ لسنة ٤ القضائية[21] .

وهكذا استقام قضاء المحكمة الدستورية العليا - وبحق - على تقرير الحجية المطلقة للاحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية سواء بعدم الدستورية أم بالرفض ، وسواء صدرت عن هذه المحكمة أم كانت صادرة عن المحكمة العليا - على ماتضمنه الحكم فى القضية الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية المشار اليه ، ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ القضائية (منازعة تنفيذ) بجلسة ٤ من يونيه سنة ١٩٨٨ بعدم قبول الدعوى التى استهدفت اصدار حكم تفسيرى ، ينكر الحجية المطلقة للاحكام التى أصدرتها المحكمة العليا اعمالا لقانونها ، ويعتبرها ذات حجية نسبية قولا من المدعى أن هذه المحكمة وأعضائها كانوا لايتمتعون طوال فترة ولايتهم بالحصانة القضائية ، وان قانون انشائها صدر بايعاز من السلطة التنفيذية ، ولقد استظهرت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الحكم ان المدعى يتغيا انكار الحجية المطلقة التى أسبغتها هذه المحكمة فى القضية الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية المشار اليها على أحكام المحكمة العليا مستندة فى ذلك الى النصوص المنظمة لعملها ، وآخذة فى اعتبارها طبيعة الدعوى الدستورية التى كان المشرع قد خص المحكمة العليا بنظرها وأفردها بها ، وكذلك نطاق الرقابة القضائية التى باشرتها المحكمة العليا على دستورية القوانين مستخلصة من ذلك كله انسحاب حجية الاحكام التى أصدرتها المحكمة العليا الى الكافة ، وتبعا لذلك رأت المحكمة الدستورية العليا أن الجدل فى قيام هذه الحجية ، أو انتفائها ينحل الى طعن مباشر فى الحكم الصادر عنها فى القضية الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية المشار اليها بالمخالفة لنص المادة ٤٨ من قانون انشائها الذى يقضى بأن أحكام المحكمة ، وقراراتها نهائية ، وغير قابلة للطعن[22] .

وبعد أن بينا نطاق الحجية للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية ، تجدر ملاحظة أنه ولئن كان مقتضى الحجية المطلقة التى يحوزها هذا الحكم سواء أكان بعدم الدستورية أم بالرفض ألا تثار المسألة الدستورية التى تضمنها من جديد أمام المحكمة الدستورية العليا فان ثمة حالة وحيدة يمكن أن تتم فيها اعادة عرض هذه المسألة على المحكمة التى تتولى عندئذ الفصل فيها دون أن يكون فى ذلك خروج على الحجية المطلقة للحكم الذى سبق صدوره فى شأنها ، وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر دستور جديد ، أو يعدل الدستور القائم ، ويصبح النص التشريعى الذى سبق للمحكمة أن قررت دستوريته مخالفا للدستور الجديد ، أو التعديلات المستحدثة . فالأصل العام أن المرجع فى دستورية تشريع

معين يكون الى أحكام الدستور الذى صدر هذا التشريع فى ظلها وذلك طوال فترة سريانها ، فاذا استبدلت بها أحكام دستورية هذا التشريع ،[٢٣] وهذا هو مايقتضيه تسويد أحكام الدستور القائم على ماعداها .

وفيما عدا الحالة السابقة فان النزاع الدستورى الذى سبق القضاء بعدم دستوريته ، أو برفض الدعوى الدستورية بشأنه لايجوز أن يتجدد أمام المحكمة الدستورية العليا مرة أخرى ، لأن الحكم الذى صدر بشأنه له حجية مطلقة ، تحسم الخصومة بشأن دستورية النصوص الطعينة ، حسما مانعا من نظر أى طعن يثور من جديد بشأنها[٢٤] .

الفصل الثانى

الحكم بعدم الدستورية يلغى قوة نفاذ النص التشريعى

فى عهد المحكمة العليا وعلى ضوء ماقرره قانون انشائها فى الفقرة الاولى من مادته الرابعة من اختصاصها دون غيرها برقابة دستورية القوانين ، وما أوجبته المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمامها من نشر منطوق الاحكام الصادرة عنها بالفصل فى المسائل الدستورية فى الجريدة الرسمية مع اعتبارها ملزمة لجميع جهات القضاء ، كان من المقرر أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص فيغدو معدوما من الناحية القانونية ، ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة[٢٥] .

وظل هذا الوضع متحققا فى ظل أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا ، وذلك اعمالا لنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة التى تقضى بأن أحكامها فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، ويتم نشرها فى الجريدة الرسمية ، ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم ، فاذا تعلق هذا الحكم بنص جنائى اعتبرت الاحكام التى صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص كأن لم تكن .

وتطبيقا لهذه الأحكام اطردت المحكمة الدستورية العليا على القضاء بأن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية هو الغاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته[٢٦] .

وقد ذهب رأى فى الفقه الى أن الحكم بعدم الدستورية سواء أفى عهد المحكمة العليا أم فى ظل المحكمة الدستورية العليا يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته ، ولكنه لا يلغى هذا النص الذى يبقى قائما من الناحية النظرية المجردة حتى يلغيه المشرع ، وان كان سيفقد قيمته العملية من الناحية التطبيقية ، لأن جميع المحاكم ستمتنع عن تطبيقه اعمالا للحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية[٢٧] .

وواقع الأمر أن مايترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية ، ونشره طبقا لما أوجبه الدستور فى المادة ١٧٨ منه ، وبينته المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، وما استقر عليه قضاء المحكمة هو الغاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته ، وهذا الأثر يتساوى عملا مع الالغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقا للتحديد الذى رسمه المشرع ، بحيث لايكون بوسع أية جهة تطبيقه خلافا لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم دستوريته .

الفصل الثالث

النطاق الزمنى لتنفيذ الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية

يقصد بفكرة النطاق الزمنى

لتنفيذ الاحكام الصادرة فـى الدعاوى الدستورية : تحديـد التاريخ الذى تمتد اليه آثار الحكم ، وبالتالى الوقوف على ما اذا كانت هذه الاحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل فقط أو يكون لها أثر رجعى فى بعض الحالات ، ولا تثور هذه الفكرة الا بالنسبة للاحكام الصادرة بعدم الدستورية باعتبارها أحكاما كاشفة للعوار الذى يعيب التشريع ، ويؤدى الى الحكم بعدم دستوريته مما يتطلب تحديد النطاق الزمنى لتنفيذها أما ما عدا ذلك من أحكام كتلك الصادرة بعدم القبول أو بالرفض فانها لا تمس دستورية التشريع الطعين ، فلا تثور والحالة هذه أية تساؤلات حول تنفيذهـا زمنيا .

ولذلك فقد عنى المشرع بتحديد النطاق الزمنى لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية حين نص فى المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن «... ويترتب على الحكم بعـدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم .

فاذا كان الحكـم بعـدم الدستورية متعلقا بنص جنائى ، تعتبر الأحكام التى صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص كأن لم تكن . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام الحكم فور النطق به لاجراء مقتضاه» .

وتعليقا على هـذا النص وردت المذكرة الايضاحية أنه نص ورد فى بعض القوانين المقارنة ، واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فـى المستقـبل فحسب ، وانما بالنسبة الـى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الاثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضى ، أو بانـقضاء مـدة تقادم .

أما اذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلق بنص جنائى ، فان جميع الأحكام التى صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن ، حتى ولو كانت احكامها باتة .

والبادى من ذلك أن المشرع اقتبس أحكام هذا النص من النظام المعمول به فى ايطاليا حيث انتهى القضاء والفقه على ضوء تفسيرهمـا لأحكـام الدستـور ، وأحكـام قانـون المحكمة الدستورية الايطالية الى اعتبار النصوص التى يقضى بعدم دستوريتها غير نافذة من اليوم التالى لنشر الحكم ، لا بالنسبة الى المستقبل فحسب ، ولكـن بالنسبـة الـى الوقائـع والعلاقات السابقة فلا تطبق أيضا عليها ، ويستثنى من هذا الاثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية الحقوق والمراكز التى تكون قد تقررت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضى ، أو أصبحت باتة بالقضاء مدة تقادم أو سقوط ، كما أنه ثمة استثناء آخر تضمنه قانون المحكمة مقتضاه أنـه يترتب علـى الحكـم بعـدم الدستورية وقف تنفيذ الأحكام الجنائية النهائية الصادرة بالعقوبة استنادا الى القانون الذى تقررت عدم دستوريته مع مايترتب عليها من آثار جنائية(٢٨) .

وتبعا لذلك فانه ولئن كان ظاهر نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا يوحى بأن نفاذ الحكم بعدم الدستورية يكون بالنسبة للمستقبل ، اذ نص على عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته اعتبارا من اليوم التالى لنشر الحكم الا أن تفسير هذا النص بمراعاة ما أوردته المذكرة الايضاحية ،

وبعد الرجوع الى النظام المقتبس منه ، يؤدى الى تقرير الأثر الرجعى للحكم الصادر بعدم الدستورية فى الحدود المناسبة باعتبار أن الحكم يكشف حالة

البطلان التى أصابت التشريع المقضى بعدم دستوريته منذ أن لحقته ، ولا ينشئها ، ويفقد مقوماته كتشريع منذ اللحظة التى تحققت فيها مخالفته للدستور[٩] ، مما يقتضى اهدار مارتبه من آثار مع الأخذ فى الاعتبار دواعى استقرار الحقوق والمراكز القانونية .

ومن ثم ، فان الحكم بعدم الدستورية لا يقتصر اعماله على المستقبل فحسب ، وانما ينسحب بأثر رجعى ، ليعمل حكم الدستور فى شأن الوقائع التى نشأت فى ظل التشريع المحكوم بعدم دستوريته ، وترتبت بمقتضاه آثارها ، ولذلك فان القضاء الدستورى يقبل الطعن فى دستورية التشريع حتى ولو ألغى هذا التشريع أو عدل ،

وذلك ممن طبق عليه خلال فترة نفاذه ، وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة له ، وأساس ذلك أن الاصل فى تطبيق القاعدة القانونية انها تسرى على الوقائع القانونية التى تتم فى ظلها – أى خلال الفترة من تاريخ العمل بها حتى تاريخ الغائها – فاذا ألغيت قاعدة قانونية ، وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة ، فان القاعدة الجديدة تسرى من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ الغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين القانونيتين ، ومن ثم ، فان المراكز القانونية التى نشات ، وترتبت آثارها فى ظل أى من القانونين – القديم أو الجديد – تخضع لحكمه ، فما نشأ منها وترتبت آثاره فى ظل القانون القديم يظل خاضعا له ، وما نشأ من مراكز قانونية ، وترتبت آثاره فى ظل القانون الجديد ، يخضع لهذا القانون وحده[٣٠] .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٦ من مايو سنة ١٩٨٧ فى القضية الدستورية رقم ١٣١ لسنة ٦ القضائية بأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ ، وذلك بمقتضى القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ لا يحول دون النظر والفصل فى الطعن بعدم الدستورية فى شأن من طبقت عليهم النصوص الطعينة خلال فترة نفاذها قبل تعديلها وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة اليهم ، وبالتالى توافرت لهم مصلحة شخصية ومباشرة فى الطعن بعدم الدستورية . كما طبقت المحكمة ذات المبدأ بجلسة ١٥ من أبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية الدستورية رقم ٢٣ لسنة ٨ القضائية حيث فصلت فى الطعن بعدم دستورية بعض أحكام القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن مجلس الشورى ، رغم تعديلها بأحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٩[٣١] .

والواقع أن هذه الرجعية اذا لم تتقرر فستجد محكمة الموضوع نفسها ملزمة بتطبيق النصوص المقضى بعدم دستوريتها على النزاع المعروض عليها ، لأنها تتعلق بوقائع سابقة على الحكم بعدم الدستورية ، وتلك ولاشك نتيجة شاذة يأباها المنطق ، وتتعارض مع الحكمة من رقابة الدستورية[٣٢] .

كما وأن هذه الرجعية يفرضها المبدأ الذى استقام عليه قضاء المحكمة العليا ، ومن بعده قضاء المحكمة الدستورية العليا بخصوص قبول الطعن بعدم دستورية التشريع حتى وان الغى هذا التشريع ، أو تم تعديله ، من أن كل قاعدة قانونية تحكم المراكز القانونية التى نشأت ، وترتبت آثارها القانونية فى ظلها ، فبدون تقرير الرجعية للحكم الصادر بعدم الدستورية تنتفى الفائدة من هذا الحكم ، وتنعدم جدواه فى الدعوى الموضوعية ، وهذا أمر غير سائغ .

والمشروع وان سمح بتقرير هذه الرجعية فانه لم يبح إطلاقها

فى جميع الحالات ، وانما شرط اعمالها بعدم المساس بالحقوق والمراكز المستقرة عند صدور الحكم بعدم الدستورية متمثلة - وفقا لما ذكرته المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا - فى الحقوق والمراكز المستقرة بحكم حاز قوة الامر المقضى ، أو بانقضاء مدة تقادم ، وذلك حماية للحقوق المكتسبة ، وتجنبا لاهدارها .

وترتيبا على ما تقدم ، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية الدستورية رقم ٤٨ لسنة ٣ القضائية بجلسة ١١ من يونيه سنة ١٩٨٣ - بأن مؤدى ماتضمنه نص المادة ٤٩ من قانون انشائها من عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم - وعلى ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون - لايقتصر على المستقبل فحسب ، وانما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم على أن يستثنى من هذا الاثر الرجعى "الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى ، أو بانقضاء مدة تقادم[٣٣] .

ويلاحظ هنا أن قاعدة الرجعية يجرى اعمالها أيضا فى شأن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية فى المواد الجنائية بحيث تعتبر الأحكام التى صدرت بالادانة بالاستناد الى النص المقضى بعدم دستوريته كأن لم تكن ، وهو مايجرى عليه العمل فى ايطاليا على ما سبقت الاشارة اليه[٣٤] ، صونا للحريات الشخصية .

وأخيرا فانه عن وقت بدء أعمال الرجعية ، فان تحديده لا يثير أية اشكالات اذا ورد فى الحكم الصادر بعدم الدستورية[٣٥] ، أما اذا أغفل الحكم هذا التحديد فانه بمراعاة الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضى ، فان الرجعية ترتد الى تاريخ صدور التشريع المقضى بعدم دستوريته اذا كان مخالفا لأحكام الدستور الذى صدر فى ظله ، وكذلك الوضع اذا كان مخالفا لها ولأحكام الدستور القائم فى ذات الوقت ، فى حين لا يبدأ سريانها اذا كان التشريع المقضى بعدم دستوريته قد أصبح متعارضا مع دستور جديد أو تعديل دستورى الا من تاريخ نفاذ هذا الدستور الجديد ، أو التعديل المستحدث[٣٦] .

الفصل الرابع

خروج النزاع من ولاية المحكمة الدستورية العليا

تحديد وتقسيم :

من المقرر قانونا أن النزاع يخرج من ولاية المحكمة التى أصدرت الحكم كأثر من آثار النطق به ، وانه بصدور الاحكام فان المحكمة تستنفذ ولايتها الأصلية التى تتعلق بالطلبات الاصلية المرفوعة بها الدعوى ، والطلبات العارضة التى تقدم بمناسبتها ، وما تفرع عن هذه وتلك من منازعات تتصل بالاجراءات أو باثبات الدعوى ، كما تستنفذ المحكمة أيضا ولايتها التبعية المتصلة بالفصل فى المسائل التى تتبع ماتقضى به بمقتضى سلطتها الاصلية كالحكم بتحديد الخصم الملزم بمصروفات الدعوى ومقدارها وذلك جميعه مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، والى جانب الولاية الاصلية للمحكمة وولايتها التبعية ، فانه تبقى للمحكمة التى أصدرت الحكم ولاية تكميلية قد تتحق اذا قامت مصلحة فى تفسير الحكم أو تصحيحه أو اذا أغفلت المحكمة الفصل فى طلب موضوعى كان معروضا عليها[٣٧] .

والأحكام الخاصة بتفسير

الحكم وتصحيحه ، واغفال الفصل فى الطلبات الموضوعية وقد وردت فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فانها تكون صالحة للتطبيق أمام القضاء الدستورى فيما لايتعارض مع طبيعة اختصامه ، والاوضاع المقررة امامه ، وتبعا لذلك ندرس أعمال هذه الأحكام فى شأن الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية فى ثلاثة مباحث متتالية على النحو الآتى :

★ المبحث الأول - تفسير الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية .

★ المبحث الثانى - تصحيح الاخطاء المادية فى الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية .

★ المبحث الثالث - اغفال الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية .

المبحث الاول
تفسير الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية

فيما يتصل بتفسير الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية فان المادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية تنص على أنه : «يجوز للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ماوقع فى منطوقه من غموض أو ابهام ، ويقدم الطلب بالاوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما من كل الوجوه للحكم الذى يفسره ، ويسرى عليه مايسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية» .

ويتعلق هذا النص بتفسير الأحكام القطعية التى يشوب منطوقها الغموض أو الابهام أو الشك فى التفسير ، فهنا يملك الخصم أن يطلب من ذات المحكمة التى أصدرت الحكم تفسيرا لهذا الغموض ، أو الابهام بطلب يقدم وفقا للأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ،

ولا يجوز أن يتخذ هذا الطلب سبيلا الى تعديل قضاء المحكمة ، والاكان غير مقبول ، وليس هناك ميعاد محدد يلزم تقديم طلب التفسير خلاله فهو ليس استئنافا للحكم . وبقبول المحكمة للطلب فانها تتولى تفسير الحكم ملتزمة بقضائها فيه

وبعناصر من طيات هذا القضاء ، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما من كل الوجوه للحكم الذى يفسره[٣٨] ، وانه ولئن كان من مقتضى ما تقدم أن يخضع الحكم بالتفسير للطعن فور صدوره الا أن ذلك لا مجال لاعماله امام المحكمة الدستورية العليا بصدد فصلها فى طلبات تفسير أحكامها لما تقدمت الاشارة اليه من أن أحكام المحكمة وقراراتها نهائية ، وغير قابلة للطعن .

وتحرص المحكمة الدستورية العليا على الا يتخذ من طلبات تفسير الاحكام تكئة لتجديد الخوض فيما سبق لهذه الاحكام أن فصلت فيه ، ذلك أن مثل هذه الطلبات تنطوى فى حقيقتها على طعن مباشر فى الاحكام المطلوب تفسيرها ، وهو ما لايجوز عملا بنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة التى لا تسمح بالطعن فى الاحكام والقرارات الصادرة عنها[٣٩] .

وفى هذا الصدد ، فان المحكمة الدستورية العليا حين يقدم اليها طلب التفسير فانها تتولى تقدير مدى اعتباره طلبا مقبولا من عدمه ، باعتبار أن تكييف الدعوى هو مما يخضع لرقابة المحكمة التى تعطى الدعوى وصفها الحق ، وتكييفها القانونى الصحيح متقصية فى سبيل ذلك طلبات المدعى فيها ، مستظهرة حقيقة مراميها وأبعادها ، ولذلك حكمت المحكمة فى القضية رقم ٥ لسنة ٧ القضائية (منازعة تنفيذ) بجلسة ١٩ من يونيه سنة ١٩٨٨[٤٠] - بعدم قبول الدعوى التى أقامها المدعى

بحسبانها منازعة فى تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى القضية الدستورية رقم ٢٠ لسنة ١ القضائية بجلسة ٤ من مايو ١٩٨٥ – قولاً منه بأنه اثر صدور هذا الحكم «اختلف الرأى حول ما اذا كان قضاء هذه المحكمة فى الدعوى المشار اليها لا يمتد الى الفوائد التى فرضتها النصوص التشريعية بعد العمل بتعديل المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ ، ويندرج تحتها القرارات التى اصدرها المدعى عليهما الاول والثانى بتقرير فائدة مقدارها ١٥٪ على السندات الحكومية ، وكذلك الفوائد التى قررتها المادة ١٧٢ من قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ ، كما أضاف أنه أقام أمام محكمة جنوب القاهرة دعوى موضوعية يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته من أية ضرائب أو فوائد أو غرامات فرضتها النصوص التشريعية بعد تاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠ تأسيسا على ان الغرامات هى فى حقيقتها فوائد ، وأن الضرائب ذاتها غير دستورية لانطوائها على مصادرة للاموال بغير حكم قضائى ، وأن نطاق قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية (دستورية) يقتصر على الفوائد المقررة بمقتضى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى ولايمتد الى الفوائد التأخيرية التى عمل بها بعد تعديل المادة الثانية من الدستور وهو ما يتعين بالتالى على هذه المحكمة ان تقضى به» .

فقد قدرت المحكمة أن ماتغياه المدعى بدعواه – وعلى ماصرح به فى طلباته – هو أن تقرر المحكمة الدستورية العليا عدم امتداد مضمون حكمها الصادر فى القضية الدستورية رقم ٢٠ لسنة ١ القضائية الى الفوائد التى فرضتها النصوص التشريعية المعمول بها بعد تعديل المادة الثانية من الدستور ، واذ أسس المدعى هذا الطلب على أن قضاء هذه المحكمة فى تلك الدعوى كان محل تفسيرات متعددة، تدور جميعها حول تباين وجهات النظر فى شأن حقيقة ماقصدته المحكمة منه ، وكان تصوير المدعى لطلباته وبيانه لدواعيها يرمى الى تحديد نطاق قضاء المحكمة فى الدعوى المشار اليها باستجلاء ماظن المدعى، وقوعه فى منطوق الحكم الصادر فيها ، أو فى أسبابه المرتبطة بهذا المنطوق من غموض أو ابهام – فان دعواه تنحل فى واقع الامر الى طلب تفسير هذا القضاء اعمالا لحكم المادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التى تنص على أن للخصوم ان يطلبوا لى المحكمة التى أصدرت الحكم فسير ماوقع فى منطوقه من غموض أو ابهام ، على أن يقدم الطلب بالاوضاع المعتادة لرفع الدعوى .

هذا عن تكييف المحكمة الدستورية العليا لحقيقة الطلبات المرفوعة اليها بشأن تفسير أحكامها . أما بالنسبة الى الخصوم فى طلب التفسير فقد قررت المحكمة مبدأ هاما خرجت به على مقتضى القواعد المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ذلك أن مؤدى نص المادة ١٩٤ من هذا القانون أن الحق فى طلب تفسير حكم معين مقصور على الخصوم فى الدعوى الموضوعية التى صدر الحكم فيها ، ولكن المحكمة الدستورية العليا خولت حق طلب تفسير أحكامها للخصوم فى الدعوى الموضوعية ، ولغيرهم ممن يكون الحكم المطلوب تفسيره – بتطبيقه عليهم – ذا أثر مباشر فى مصالحهم الشخصية ، وذلك بناء على الحجتين الآتيتين :

الحجة الاولى – ما تقضى به المادة ٢٨ من قانون انشاء المحكمة من أنه «فيما عدا مانص عليه فى هذا الفصل[٤١]،

تسرى على قرارات الاحالة والدعاوى والطلبات التى تقدم الى المحكمة الاحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة اختصاص المحكمة ، والاوضاع المقررة أمامها» ، وما قضت به المادة ٥١ من ذات القانون من أن «تسرى على الاحكام والقرارات الصادرة من المحكمة ، فيما لم يرد به نص فى هذا القانون القواعد المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لايتعارض وطبيعة تلك الاحكام والقرارات» ، ذلك أن مؤدى حكم هاتين المادتين أن شرط انطباق القواعد المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى التى تدخل فى اختصاص هذه المحكمة ، وكذلك بالنسبة الى الاحكام الصادرة فيها - هو أن يكون اعمال هذه القواعد غير متعارض مع طبيعة اختصاص المحكمة والاوضاع المقررة أمامها .

الحجة الثانية - أن الدعاوى الدستورية هى بطبيعتها دعاوى عينية [illegible]جه الخصومة فيها الى النصو[illegible] التشريعية المطعون [illegible] عيب دستورى ، وان الاحك[illegible] الصادرة فى هذا الدعاوى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - «تحوز حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعاوى الدستورية التى صدرت فيها ، وانما ينصرف هذا الاثر الى الكافة ، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء أكانت تلك الاحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعى المطعون عليه ، أم الى دستوريته ورفض الدعوى على هذ الاساس» .

ومؤدى هاتين الحجتين - طبقا لقضاء المحكمة - أن «قصر الحق فى طلب تفسير الاحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية على الخصومة فيها وفقا لما تقضى به المادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية - انما يتعارض وطبيعة الاحكام الصادرة فى تلك الدعاوى ، اذ لا يستقيم هذا القصر الا فى اطار قاعدة نسبية الاحكام التى لاتقوم بها حجيتها الا بين من كان طرفا فيها ، وهى قاعدة تناقضها الحجية المطلقة المتعدية الى الكافة التى تحوزها الاحكام الصادرة فى المسائل الدستورية ، وانما يتعين أن ينسحب هذا الحق كذلك على غيرهم ممن يكون الحكم المطلوب تفسيره - بتطبيقه عليهم - ذا أثر مباشر على مصالحهم الشخصية ، ذلك أن طلب التفسير الذى يقدم الى هذه المحكمة لايعدو أن يكون دعوى يتعين أن ترفع اليها وفقا للاوضاع المقررة فى قانونها ، ولا يتصور أن تكون المصلحة فيها محض مصلحة نظرية غايتها ارساء حكم القانون مجردا توكيدا للشرعية الدستورية ، واعمالا لمضمونها ، وانما يجب أن تعود على المدعى فى الطلب منفعة يقرها القانون حتى تتحقق بها ومن خلالها مصلحته الشخصية» .

أما عن المصلحة فى طلب التفسير ، فقد قضت المحكمة الدستورية* العليا بأنها ترتبط بالمصلحة فى الدعوى الموضوعية التى أثير طلب التفسير بمناسبتها ، والتى يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها «ذلك أن الحكم الصادر بالتفسير يعتبر متمما من كل الوجوه للحكم الذى يفسره ، وكلاهما لازم للفصل فى الدعوى الموضوعية لاينفكان عنها ، لأنهما يتعلقان بالقاعدة القانونية التى يقوم عليها أو يستند اليها الفصل فى النزاع الموضوعى» .

أما عن كيفية رفع طلب التفسير ، فقد انتهت المحكمة الى «أنه لما كانت ولايتها لاتتصل بالدعاوى والطلبات التى تدخل فى اختصاصها الا وفقا للاوضاع المنصوص عليها فى قانونها ، وكان قضاؤها قد استقر على ان

اعمال آثار الاحكام التى تصدرها فى المسائل الدستورية هو من اختصاص محكمة الموضوع ، وذلك ابتناء على أن محكمة الموضوع هى التى تنزل بنفسها على الوقائع المطروحة عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فى شأن المسألة الدستورية ، باعتباره مفترضا أوليا للفصل فى النزاع الموضوعى الدائر حولها ، وبمراعاة ما قد يبديه الخصوم من دفوع أو أوجه دفاع فى شأنها ، وكان من بين وسائل الدفاع هذه ماقد يدعيه أحد الخصوم أمام محكمة الموضوع من غموض قضاء المحكمة الدستورية العليا او انبهامه ، فانه اذا تبين لمحكمة الموضوع – من وجهة نظر مبدئية – أن لهذا الدفاع وجها ، كان لها أن تمنحه أجلا يطلب خلاله من المحكمة الدستورية العليا تفسير قضائها المختلف على مضمونه ، ذلك أن تقدير محكمة الموضوع غموض هذا القضاء يولد لديها صعوبة قانونية تحول فى اعتقادها دون تطبيقه بالحالة التى هو عليها على واقعة النزاع ، ومن ثم ، يظل أمر حسمها معلقا الى أن تدلى المحكة الدستورية العليا بكلمتها النهائية فى شأن حقيقة قضائها ومراميه ، ولمحكمة الموضوع كذلك – وقد خولتها المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الحق فى أن تحيل الى هذه المحكمة النصوص القانونية التى يتراءى لها عدم دستوريتها ، واللازمة للفصل فى النزاع الموضوعى المعروض عليها – أن تطلب من تلقاء نفسها من المحكمة الدستورية العليا ذلك التفسير ، باعتبار ان غموض قضائها يثير خلافا حول معناه ، ويعمق بالتالى مهمتها فى شأن اعمال أثره على الوقائع المطروحة عليها» .

وقد عادت المحكمة وطبقت هذا المبدأ بحكمها الصادر بجلسة ٤ من مارس سنة ١٩٨٩ فى القضيتين الدستوريتين رقمى ٦٨ و ٦٩ لسنة ٣ القضائية وانتهت الى عدم قبول طلب التفسير الذى يقدم اليها مباشرة من المدعين[٤٢] .

وهكذا تكون المحكمة الدستورية العليا قد أعملت مضمون الحجية المطلقة للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية بصدد طلب تفسيره اذ لم تقصر الحق فى هذا الطلب على الخصوم فى الدعوى الموضوعية الاصلية وانما سمحت بمده الى غيرهم ممن يكون الحكم المطلوب تفسيره – بتطبيقه عليهم – ذا أثر مباشر على مصالحهم الشخصية ، وهو مايقتضى أن تتوافر لدى الطالب مصلحة شخصية فى طلب التفسير بأن يعود عليه من طلبه منفعة يقرها القانون ، وترتبط هذه المصلحة بمصلحته فى الدعوى الموضوعية ، ويلزم لقبول هذا الطلب أن يرفع أثر تصريح محكمة الموضوع للطالب برفعه خلال الاجل المعين الذى تحدده أو أن يرد هذا الطلب بطريق الاحالة من محكمة الموضوع مباشرة عملا بنص المادة ٢٩/ أ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، ذلك لأن أعمال آثار الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية هو من اختصاص محكمة الموضوع فهى التى تنزل بنفسها على الوقائع المطروحة عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فى شأن المسألة الدستورية باعتباره مفترضا أوليا للفصل فى النزاع الموضوعى الدائر حولها ، وبمراعاة دفوع وأوجه دفاع الخصوم فى شأن هذه المسألة .

المبحث الثانى
تصحيح الاخطاء المادية فى الحكم الصادر فى الدعوى الدستوريه

بالنسبة لتصحيح [illegible] المادية الواردة بالحكم الصادر فى الدعوى ، فقد نصت المادة ١٩١ من قانون المرافعات

المدنية والتجارية على أن «تتولى المحكمة تصحيح مايقع فى حكمها من اخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ، ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الاصلية ، ويوقعه هو ورئيس الجلسة .

ويجوز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح اذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ، وذلك بطرق الطعن الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح ، أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح ، فلا يجوز الطعن فيه على استقلال»(٤٣) .

فطبقا لهذا النص يكون للمحكمة الدستورية العليا وحدها أن تصحح من تلقاء نسفها ، أو بناء على طلب أحد الخصوم مايقع فى حكم تصدره من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية على أنه لايجوز للخصوم ان يطعنوا فى قرار التصحيح طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٩١ سالفة الاشارة ، ذلك أنه وفقا لنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا فان أحكام المحكمة وقراراتها نهائية ، وغير قابلة للطعن .

ونعتقد أن طلب التصحيح يمكن أن يقدم من الخصوم فى الدعوى الموضوعية ، وكذلك من غيرهم ممن يكون الحكم المطلوب تصحيحه - بتطبيقه عليهم - ذا أثر مباشر على مصالحهم الشخصية ، وذلك اعمالا للحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية .

المبحث الثالث

اغفال الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية

أما عن اغفال الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية فقد نصت المادة ١٩٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه «اذا اغفلت المحكمة الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه» .

وطبقا لذلك فانه اذا أغفلت المحكمة الفصل فى طلب موضوعى عرض عليها جاز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه بالحضور امامها لنظر هذا الطلب ، والفصل فيه دون أن يتقيد الطالب بمواعيد طعن محددة . واعمال هذا النص مشروط بتقديم طلب موضوعى صريح وحازم ومفهوم ، والا ينزل الطالب عنه ، وأن يكون الاغفال اغفالا كليا يجعل الطلب معلقا لم يقض فيه قضاء ضمنيا ، وأن يرد الاغفال على طلب موضوعى لأن اغفال الدفع سواء أكان شكليا أم موضوعيا يعتبر رفضا له(٤٤) .

وتبعا لما تقدم فانه اذا أغفلت المحكمة الدستورية العليا الفصل فى دستورية تشريع من بين عدة تشريعات طعن فيها امامها بعدم الدستورية عن سهو أو خطأ ، جاز لصاحب الشأن أن يلجأ اليها مجددا لنظر الطلب الذى أغفلته توطئة للفصل فيه .

ويلاحظ هنا أن ولاية المحكمة الدستورية العليا تظل قائمة بصدد الطلب الذى أغفلت الفصل فيه ، ومن ثم ، يجوز لذى الشأن اللجوء اليها مباشرة طبقا لنص المادة ١٩٣ سالف الاشارة بغير تجديد لاجراءات رفع الدعوى الدستورية ، وذلك على خلاف طلبات تفسير الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية ، وتصحيحها ، والتى تتصل بالمحكمة بعد استنفاد ولايتها ، وخروج النزاع من حوزتها ، مما يلزم معه رفعها الى المحكمة وفقا للاجراءات القانونية المقررة بصددها .

هوامش

(١) راجع فى تفاصيل هذا الموضوع : الدكتور عادل عمر شريف : قضاء الدستورية – القضاء لدستورى فى مصر ، دار الشعب ، طبعة سنة ١٩٨٨ ، ص ٤٥٢ ومابعدها .

(٢) ومن ثم ، فاننا لا نوافق على ماذهب اليه رأى (الدكتور محمد عبد اللطيف : اجراءات القضاء لدستورى – دار النهضة العربية سنة ١٩٨٩ س ١ ، ومن ص ٨٣ الى ١٠١) من أن القضاء الدستورى يختص بالفصل فى المسائل والمنازعات الدستورية التى يحددها الدستور أو القانون ، وانه يختص فى مفهوم هذا التعريف ، وحسب ما يقره المشرع فى النظم المقارنة بالفصل فى العديد من المسائل منها الانتخابات لسياسية ، وتحديد الاختصاصات بين الدولة ووحداتها الاقليمية ، وفض المنازعات بين سلطات الدولة ، وبعض الاختصاصات الاخرى .

فهذا الرأى يركز على الطبيعة السياسية للنزاع ، وعند توافرها يدخله فى اختصاص القضاء الدستورى ، وهذا الأمر محل نظر ، ذلك أنه يؤدى الى توسيع اختصاصات القضاء الدستورى بادخال بعض المسائل فى هذا الاختصاص رغم أنها بعيدة فى موضوعها عن رقابة الدستورية التى يرتبط بها هذا القضاء ، وأنه ولئن صح القول بأن الفصل فى دستورية التشريعات قد تكون لها طبيعة سياسية ، فانه فى المقابل ليس من شأن حسم المسائل السياسية المختلفة عن طريق القضاء أن يثير دائما البحث فى دستورية التشريعات .

(٣) من ذلك مؤلف الدكتور محمد عبد اللطيف : اجراءات القضاء الدستورى ، المرجع السابق طبعة ١٩٨٩ .

(٤) راجع فى الأتجاهات المختلفة فى هذا الشأن : الدكتور محمد كامل ليلة ، القانون الدستورى ، دار الفكر العربى ، طبعة سنة ١٩٧٠ ص ١٣١ ، والدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى ، دار النهضة العربية ، طبعة سنة ١٩٨٣ ص ٤٩١ . وراجع أيضا :

Burdea (G); Traité de Science Politique . T. 4 2é éd. (L.G.D.J.) Paris 1969.P. 365.

Cadart (J.): Institutions Politiques et Droit Constitutionnel T.I 2é. (L.G.D.J.) Paria 1979. P. 159. Prelot (M.): Institutions Politiques et Droit Constitutionnel 10 é. éd. (Dalloz) Paris 1987, P. 239.

(٥) انظر فى ذلك :

Jackson (R.H.) : The Supreme Court in the American System of Government, Harvard University Press, Cambridge 1967, P. 13 .

(٦) المجموعة الجزء الاول ص ٢١٥ .

(٧) المجموعة الجزء الاول ص ٤٠٣ .

(٨) المجموعة الجزء الثانى ص ٤٣ .

(٩) راجع : الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى ، المرجع السابق ص ٦٠٦ .

(١٠) الحكم غير منشور ، وأشار اليه الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى المرجع السابق ص ٦٠٧ ، والدكتور عبد السلام مخلص ، نظرية المصلحة فى دعوى الالغاء ، دار الفكر العربى ، طبعة سنة ١٩٨١ ، ص ٢٦٠ .

هوامش

(١١) الدكتور محمد عبد السلام مخلص ، نظرية المصلحة فى دعوى الالغاء ، المرجع السابق ص ٢٥٩ .

(١٢) راجع : المستشار محمد السيد زهران ، الرقابة على دستورية القوانين فى ايطاليا ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة ١٤ العدد الاول ، ص ١٤٠ وما بعدها .

(١٣) الدكتور عبد المنعم جيرة ، آثار حكم الالغاء ، جامعة القاهرة ، طبعة سنة ١٩٧٠ ، ص ٩٩ .

(١٤) راجع : حكم المحكمة فى القضية الدستورية رقم ٤٨ لسنة ٣ القضائية بجلسة ١١ من يونيه ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثانى ص ١٤٨ ، وحكمها فى القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٣ القضائية بجلسة ٥ من نوفمبر ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثانى ص ١٧٢ ، وحكمها فى القضية الدستورية رقم ٦٥ لسنة ٥ القضائية بجلسة اول ديسمبر ١٩٨٤ المجموعة الجزء الثالث ص ١٩٦ .

(١٥) الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى ، المرجع السابق ص ٦٠٨ .

(١٦) المجموعة الجزء الثانى ص ١٨ .

(١٧) المجموعة الجزء الثانى ص ١٧٢ .

(١٨) المجموعة الجزء الثالث ص ٤٩ .

(١٩) غير منشورين .

(٢٠) غير منشور .

(٢١) غير منشورة .

(٢٢) غير منشور .

(٢٣) راجع : حكم المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية رقم ٥ لسنة ٧ القضائية جلسة أول ابريل سنة ١٩٧٨ ، المجموعة الجزء الثانى ص ١٤٦ .

(٢٤) راجع : حكم المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية رقم ١٦ لسنة ٧ القضائية بجلسة ٥ من فبراير سنة ١٩٧٧ ، المجموعة الجزء الثانى ص ٤٣ ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا فى القضايا الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية بجلسة ٦ من فبراير سنة ١٩٨٢ ، المجموعة الجزء الثانى ص ١٨ ، وفى القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٣ القضائية بجلسة ٥ من نوفمبر ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثانى ص ١٧٢ ، ورقم ١٣٦ لسنة ٥ القضائية بجلسة ١٧ من مارس ١٩٨٤ ، المجموعة الجزء الثالث ص ٤٩ .

(٢٥) حكم المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية رقم ٨ لسنة ٣ القضائية بجلسة ١١ من ديسمبر سنة ١٩٧٦ .

(٢٦) راجع : حكمها فى القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٢ القضائية بجلسة ٥ من نوفمبر ١٩٨٣ ، المجموعة الجزء الثانى ص ١٧٢ ، وحكمها فى القضية الدستورية رقم ١٣٦ لسنة ٥ القضائية بجلسة ١٧ من مارس ١٩٨٤ ، والقضية الدستورية رقم ٢٣٨ لسنة ٥ القضائية بجلسة ٧ من ابريل ١٩٨٤ المجموعة الجزء الثالث ص ٤٩ .

(٢٧) الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى ، المرجع السابق ص ٥٤٧ ، ص ٦١٣ .

هوامش

(٢٨) راجع : المستشار محمد السيد زهران ، الرقابة على دستورية القوانين فى ايطاليا مجلة ادارة قضايا الحكومة المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها .

(٢٩) راجع فى هذا المعنى : الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى المرجع السابق ص ٦١٤ .

(٣٠) راجع : أحكام المحكمة العليا فى الدعاوى الدستورية أرقام ٥ لسنة ١ القضائية بجلسة ٤ من ديسمبر ١٩٧١ المجموعة الجزء الاول ص ٥٠ ، و١٣ لسنة ٧ القضائية بجلسة ٦ من ابريل ١٩٧٧ المجموعة الجزء الثانى ص ٤٨ ، و ٥ لسنة ٧ القضائية بجلسة أول ابريل ١٩٧٨ المجموعة الجزء الثانى ص ١٤٦ ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا فى القضايا الدستورية أرقام ٢٩ لسنة ٦ القضائية بجلسة ٦ من فبراير ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثانى ص ١١ ، و ٤٧ لسنة ١ القضائية بجلسة ١١ من يونيه ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثانى ص ١٢٧ ، و ١١٤ لسنة ٥ القضائية بجلسة ٦ من ابريل ١٩٨٥ المجموعة الجزء الثالث ص ١٧٦ .

(٣١) غير منشورين .

(٣٢) راجع : المستشار محمد السيد زهران ، الرقابة على دستورية القوانين فى ايطاليا المرجع السابق ص ١٤١ ، والدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى المرجع السابق ص ٦١٥ .

(٣٣) المجموعة الجزء الثانى ص ١٤٨ والملاحظ أن انقضاء مدة التقادم فى الغالب لا يتقرر الا بحكم .

(٣٤) المستشار محمد السيد زهران ، الرقابة على دستورية القوانين فى ايطاليا ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، المرجع السابق ص ١٤٢ .

(٣٥) الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى ، المرجع السابق ص ٦١٩ .

(٣٦) قارن : الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى المرجع السابق ص ٦١٧ وما بعدها .

وقد أشار الى ثلاثة فروض يتم على أساسها تحديد تاريخ بدء الرجعية ، يتمثل أولها فى حالة صدور التشريع بالمخالفة لاحكام الدستور المعمول به وقت صدوره مع استمرار قيام هذه المخالفة فى ظل أحكام التعديل الدستورى اللاحق ، أو الدستور الجديد ، والقاعدة أنه يتعين أن يصدر التشريع موافقا لاحكام الدستور الذى صدر فى ظله ، وان يستمر صحيحا فى ظله ، وان يستمر صحيحا فى ظل الدستور القائم وقت الرقابة عليه ، ومن ثم ، فان العيب فى هذه الحالة هو عيب أصلى لاطارىء ، ويكون التشريع باطلا منذ صدوره ، مما يستلزم سحب رجعية الحكم بعدم دستوريته الى هذا التاريخ . وثانيهما أن يصدر التشريع مخالفا لاحكام الدستور المعمول به وقت صدوره ، ثم يصبح صحيحا فى ظل تعديل دستورى ، أو دستور جديد ، فهنا يكون عيب عدم الدستورية عيبا أصليا أيضا ، ويعتبر النص باطلا من تاريخ صدوره ، وبالتالى يسرى الحكم بعدم الدستورية اعتبارا من تاريخ صدور التشريع المقضى بعدم دستوريته . أما الفرض الثالث فهو ان يصدر التشريع صحيحا فى ظل الدستور المعمول به وقت صدوره ، ثم يصبح مخالفا فى ظل تعديل دستورى لاحق أو دستور جديد وهنا يكون العيب طارئا ومترتبا على الدستور الجديد ، ومن ثم ، يعمل الحكم بعدم الدستورية

هوامش

من تاريخ نفاذ النص الدستورى .

والواقع أننا نختلف مع هذا الرأى فيما يتطلبه لدستورية التشريع من ضرورة التزامه أحكام الدستور الذى صدر فى ظله ، وكذلك أحكام الدستور القائم فى مطلق الحالات ، ذلك أن أحكام الدستور القائم وحدها هى التى يتعين الاعتداد بها كمرجع للرقابة الدستورية ، أما احكام الدستور السابق فلا يرجع اليها الا لضرورات منطقية وذلك فى حالة العيب الشكلى الاجرائى ، وهو عيب أصلى دائما ، وفى حالة ما اذا كان التشريع سابقا على صدور الدستور القائم وكان النص الدستورى المدعى بمخالفته الا بذاته على انصراف حكمه الى المستقبل ، ولذلك فان الحكم بعدم دستورية التشريع فى الفرض الاول (عيب أصلى) وفى الفرض الثالث (عيب طارىء) يكون استنادا الى أحكام الدستور القائم لا الدستور السابق (وذلك بصرف النظر عن مسألة الرجعية فى اعمال الحكم) ، اما فى الفرض الثانى فان العيب الاصلى يتطهر ويزول اعمالا للاصول المستحدثة التى تضمنها الدستور القائم ، ولا يحكم بعدم الدستورية احتراما لهذه الاصول التى أتى بها الدستور الجديد .

انظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا قضاء الدستورية – القضاء الدستورى فى مصر ، المرجع السابق ص ٢٨٠ وما بعدها .

(٣٧) راجع فيما تقدم : الدكتور أحمد أبو الوفا ، نظرية الاحكام فى قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٥ ، ص ٦٨٠/ ص ٦٨٥ .

(٣٨) راجع فى التفاصيل : الدكتور أحمد أبو الوفا ، نظرية الاحكام فى قانون المرافعات المرجع السابق ص ٦٩٢/ ص ٧٠٠ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات – منشأة المعارف – الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٤ ص ٧١٩/ ص ٧٢٤ ، والدكتور فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٠ ص ٧٠٢/ ص ٧٠٤ .

(٣٩) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ القضائية (منازعة تنفيذ) بجلسة ٤ من يونيه سنة ١٩٨٨ غير منشور .

(٤٠) غير منشور .

(٤١) الفصل الثانى (الاجراءات) من الباب الثانى (الاختصاصات والاجراءات) .

(٤٢) غير منشور .

(٤٣) راجع فى شرح هذا النص : الدكتور أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ٧١٦/ ٧١٩ ، ونظرية الأحكام فى قانون المرافعات المرجع السابق ص ٧٠٠/ ٧٠٥ ، والدكتور فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، المرجع السابق ، ص ٧٠٠/ ص ٧٠٢ .

(٤٤) راجع فى التفاصيل : الدكتور أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات المرجع السابق ص ٧٢٤/ ص ٧٢٦ ، ونظرية الاحكام فى قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ٦٨٦/ ص ٦٩٢ ، والدكتور فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، المرجع السابق ص ٦٩٧/ ص ٦٩٩ .

خواطر فى مجال العدالة

للسيد الدكتور / احمد رفعت خفاجى المحامى

القسم الأول
رسالة السلطة القضائية
«دراسة فلسفية»

١ – مبدأ الفصل بين السلطات

نادى بهذا المبدأ الفيلسوف مونتسكيو . فذهب الى أن سلطات الدولة ثلاث (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية بمراقبة تطبيقها .

أوجب مبدأ الفصل بين السلطات عدم ادماجها فى يد واحدة .

وحكمة المبدأ أن فى اعماله حماية للحريات العامة والحفاظ على الحقوق الفردية ، اذ السلطة توقف السلطة وفى ذلك تأكيد للحريات وصيانة للحقوق . والسلطة القضائية هى المسئولة بالذات عن هذه الحريات وتلك الحقوق .

وقد ازدهر هذا المبدأ فى عهود الديمقراطية ، فهو ركيزتها وضمان استقرارها .

٢ – مبدأ المشروعية

والى جانب مبدأ الفصل بين السلطات يوجد مبدأ المشروعية – وهذا المبدأ من مقومات الدولة الحديثة التى تحترم القانون فيسودها الامن والطمأنينة . ومعناه خضوع الحاكمين لأحكام القانون على السواء ، بمعنى أنه لايجوز لسلطة من السلطات ولايسوغ لفرد من الأفراد أن يتصرف الا فى نطاق القانون ، فالكل ملتزم باحترام القانون والخضوع لقواعده اذ السيطرة دائما لحكم القانون ، فالقانون هو الذى ينظم حدود السلطات الحاكمة فيها بينها وفى علاقاتها مع الأفراد ، كما يقرر أسلوب سلوك الفرد فى مواجهة هذه السلطات وفى مواجهة الغير ويخلص من ذلك أن مبدأ سيطرة احكام القانون يفترض وجود القانون ويستوجب احترامه ، فاذا تنازع فرد مع سلطة عامة أو تخاصم فرد مع آخر وعرض الأمر فان حكم القانون هو الذى يفصل فى المنازعة وهو الذى يبين وجه الحق فى الخصومة .

ولاشك أن الالتزام بهذا المبدأ يؤدى الى ضمان حقوق الافراد وكفالة حرياتهم مادام ان كلا من الحاكم والمحكوم يسير على هدى قواعد القانون وما يقتضيه من واجب الاجلال والاحترام .

وبعبارة أخرى فان سلطان الدولة وسيادتها مقيد باعمال هذا المبدأ منذ قرر الدستور الحقوق والحريات العامة ، وأوجب احترامها لانها حقوق طبيعية للانسان ليس من سلطة الدولة أن تمتد اليها ، بل ان سيادتها مقيدة بمراعاتها وبعبارة ثالثة فهى حقوق مستمدة من القانون الطبيعى اذ يولد جميع الافراد ويعيشون احرارا متساوين امام القانون .

ومن ثم لم يعد القائمون بالحكم اصحاب الحق ، بل هم أصحاب وظائف محدودة الأختصاص قائمة على الصالح العام . كما أن الأفراد فى علاقاتهم بالحاكم أو بسائر الافراد يتصرفون فى نطاق القانون ، فلا يخرجون على قواعده ، فتسود الطمأنينة ويعم الأمن ويعيش الجميع فى رحاب مجتمع منظم .

ومبدأ سيادة القانون يستوجب احترام مبدأ تدرج التشريعات الدستورية والعادية والفرعية ،

فيعين أن يتقيد كل تشريع بالتشريع الاعلى منه ، فلا يصح أن يتعارض تشريع فرعى مع تشريع عادى ، ولا أن يتعارض تشريع عادى مع تشريع دستورى .

وفى خصوص الجانب الادارى فى وظيفة الدولة يجب ان نبين مدى التزام الدولة بمبدأ المشروعية بمناسبة ادارتها للمرافق العامة لسد حاجات الأفراد .

والرأى مستقر على أنه يجب أن تكون تصرفات جهة الادارة فى حدود القانون ، بمعنى أن السلطة الادارية حين تباشر نشاطها تلتزم بأحكام القانون ، والا أضحت السلطة الادارية سلطة بوليسية بعيدة كل البعد عن القانون وأحكامه الملزمة .

٣ - السلطة القضائية هى الحارسة لمبدأ المشروعية :

القضاء فى كل دولة هو عنوان نهضتها ومعيار تقدمها ومظهر رقيها ، وما من دولة تخلف فيها القضاء الا تخلفت عن ركب المدنية وأسباب الأرتقاء ، فالقضاء هو سياج الحقوق وموئل المظلوم وحامى الحريات . يرسى قواعد العدالة ويبسط أسباب الاطمئنان والأمن والسلام على كل من تظلهم سماء الدولة .

فالقوانين التى يضعها الشارع - أيا كان حظها من السمو - لن تبلغ الغرض من سنها الا اذا توفر على اعمالها قضاء لايستهدف الا ادراك مراميها وفرض سلطانها على الكافة دون تمييز .

من أجل هذا ، حرصت الدول المختلفة . على تحقيق أسباب الاستقلال وتوفير عناصر الاطمئنان لرجال القضاء ، باحاطتهم بكافة الضمانات التى تكفل لهم حياة مطمئنة كريمة وتيسر لهم الاضطلاع بعبئهم الخطير ومهمتهم الجليلة وتعينهم على المضى فى أداء رسالتهم المقدمة وهم بأمن من كل تأثير أو ترغيب أو اغراء .

ولاشك ان القصد من تقرير هذه الضمانات أن تشيع فى نفوس المتقاضين روح الثقة والاطمئنان الى أن الفصل فى منازعاتهم وأقضيتهم بعيد عن كافة الأهواء والمؤثرات . مما يمكن معه القول - بحق - بأن هذه الضمانات مقررة من أجل حماية المتقاضين أنفسهم بايجاد القاضى العادل الذى يحتكمون اليه .

ومن الضمانات التى قررها القانون لرجال القضاء تحقيقا لاستقلالهم عدم قابليتهم للعزل . وقد ذهب الفقيه اسمان فى مؤلفه مبادىء القانون الدستورى الفرنسى الى أن هذه الضمانة لاتحقق استقلال القضاء استقلالا كافيا اذا كان أمر ترقية القضاة متروكا لمطلق تقدير الحكومة ، لما كان ذلك ، فان القضاء هو السلطة العليا القائمة فى كل دولة على ارساء قواعد العدالة ، والقضاة فى جميع الدول محل احترام وتقدير لأنهم فوق الحاكمين والمحكومين .

وينهض استقلال القضاء فى التشريعات الحديثة على ركنين جوهريين :

أولهما : الارتفاع به عن الخضوع لباقى سلطات الدولة .

ثانيهما : توفير المستوى اللائق لرجال الهيئة القضائية بما يضمن لهم حياة مطمئنة كريمة ، ويرقى بهم عن مواطن التأثير وعوامل الاغراء .

وعلى غير هذين الأساسين لايمكن أن يتهيأ للدولة قضاء مستقل الرأى ، مهيب الجانب ، موفور الكرامة ولقد فطنت الدول المختلفة الى ما ينطوى عليه الارتفاع بمستوى القاضى من دعم لاستقلال القضاء وتوطيد لأسس العدالة وتأمين لمستقبل القاضى . فوجهت عنايتها الى العمل على رفع مستوى رجال القضاء الى المدى الذى يتكافأ مع

المهمة الجليلة الملقاة على عاتقهم – ويتجاوب مع الرسالة السامية التى يؤدونها ويوفر لهم الاطمئنان والسلام فى حياتهم ومستقبلهم .

لم يكن للقاضى راتب فى صدر الاسلام بل كان يأخذ من بيت المال مايكفيه دون رقيب أو محاسب .

٤ – فكرة القاضى الطبيعى :

استوجب مبدأ الفصل بين السلطات الذى نادى به الفيلسوف مونتسكيو فى مؤلفه روح القوانين سنة ١٨٤٨ استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية . فكل تدخل من أى من هاتين السلطتين فى اختصاص القاضى بمناسبة دعوى معينة يعتبر اعتداء على استقلال السلطة القضائية .

ويأتى هذا التدخل فى شكل انتزاع الدعوى من قاضيها الاصيل طبقا لأحكام القانون الذى حدد اختصاصه أى ولايته على الدعوى ثم جعلها من اختصاص قاض آخر .

وهذا الانتزاع المفتعل للولاية أو الاصغاء المصطنع للاختصاص ينطوى – ولاشك – على مساس باستقلال القاضى صاحب الاختصاص بنظرها ، بل يتضمن ايضا عداونا على استقلال القاضى الذى اصبحت الدعوى من اختصاصه بطريق الانتقال بل وعلى حياد هذا الاخير باختياره لنظر دعوى معينة بالذات .

وكل ماتقدم يعد تدخلا فى شئون القضاء لما يؤدى الى تنحية قاض عن دعواه وتخصيص قاض بالذات لنظرها .

ومعنى ذلك أن مبدأ القاضى الطبيعى مكمل لمبدأ أى استقلال القاضى وحياده وان كان مبدأ استقلال القضاء هو الأصل العام الذى تفرع عنه مبدأ حياد القاضى ومبدأ القاضى الطبيعى .

اتجاه الدساتير :

تضمنت الدساتير الفرنسية الصادرة فى ١٨١٥ (المادة ٦٠) وفى ١٨٣٠ (المادة ٦٢) وفى ١٨٤٨ (المادة ٤) نصوصا تحظر حرمان الشخص من قاضيه الطبيعى .

Nul ne sera distrait de ses juges naturels

وقرر دستور ١٨٧٥ (المادة ١٧) ان القاضى ضمان اساسى للحريات . وأكد ذلك الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ حين نص فى مادته العاشرة على ان «لكل انسان الحق على قدم المساواة التامة فى أن تنظر قضيته بانصاف وبعلانية محكمة طليقة الرأى نزيهة عن الغرض فتقطع فى الحقوق التى له والموجبات التى عليه وفى صحة كل تهمة جنائية يرمى بها» .

واورد دستور جمهورية مصر العربية المادة ٦٨ التى تنص على أن «التقاضى حق مضمون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى ، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا .

ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء .

وبمثل ذلك قرر الدستورى الايطالى الصادر فى سنة ١٩٤٨ فى المادة ٢٥ منه على أنه لايجوز ان يحرم شخص من قاضيه الطبيعى الذى حدده القانون .

عناصر القضاء الطبيعى :

وانطلاقا من مبادىء استقلال القضاء وحياد القضاء والقاضى الطبيعى يمكن ان نستخلص عناصر القضاء الطبيعى فيما يلى :

أ – انشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون :

فالقانون هو المصدر لقواعد

الاجراءات الجنائية ، بمعنى أنه هو الذى يبين التنظيم القضائى ويحدد قواعد الاختصاص فالمحكمة المختصة بنظر الدعوى تنشأ ويحد اختصاصها طبقا للقانون الذى تصدره السلطة التشريعية فاذا جاءت السلطة التنفيذية وانشأت جهة معينة للفصل فى بعض الدعاوى فلا يمكن اعتبار تلك الجهة من المحاكم ، وبالتالى لاتعتبر قضاء طبيعيا للمواطنين .

ب - انشاء المحكمة وتحديد اختصاصها قبل وقوع الجريمة . فيجب أن يعرف سلفا كل مواطن من هو قاضيه الطبيعى . ولايجوز بعد وقوع الجريمة انتزاع المتهم من قاضيه الطبيعى الى محكمة أخرى اقل ضمانا انشئت خصيصا لمحاكمته .

ولايحل للسلطة التشريعية أن تعدل فى قواعد التنظيم القضائى والاختصاص الا فى اطار مبادىء استقلال القضاء وحيدة القضاء والقضاء الطبيعى .

فاذا انتزعت بعض الدعاوى التى كانت من اختصاص محكمة ونقلها الى محكمة أخرى اقل ضمانا للمتهم فان التشريع الذى وافقت عليه يكون غير دستورى لمساسه بمبدأ الفصل بين السلطات .

ولا محل للتحدى بأن القانون الجديد المعدل للتنظيم القضائى أو للاختصاص يستوحى احكامه من اعتبارات حسن تنظيم العدالة ، لان هذه الاعتبارات لايمكن ان تعلو على احترام الحرية الشخصية التى يضمنها استقلال القضاء وحياده .

فاذا كانت المحكمة التى أنشئت حديثا أو ذات الأختصاص الجديد قد انشئت او تحدد اختصاصها بمناسبة دعوى جنائية معينة فانه لايمكن الاطمئنان تماما الى استقلالها وحيادها .

وتزول شبهة المساس باستقلال القضاء وحياده اذا كان القانون الجديد قد جعل الدعوى من اختصاص محكمة أكثر ضمانا للمتهم ، ففى هذه الحالة يتأكد احترام الحريات ، مما يدل على ان التنظيم او الأختصاص القضائى الجديد كان مبعثه مجرد حسن اعتبارات العدالة .

مثال ذلك أن يكون القاضى من القضاه المهنيين .

أو زيادة عدد القضاه .

أو منح طريق الطعن فى احكام المحكمة امام جهة قضائية اعلى كل ذلك دون اخلال بالضمانات التى تتوافر للمتهم فى اجزاءات المحاكمة امام القاضى الجديد .

ويدق البحث فى حالات الاختصاص المزدوج حين ينص القانون الجديد على اختصاص اكثر من محكمة بنظر الدعوى الجنائية وتكون احداهما اقل ضمانا من الثانية ، ويجعل مناط اختصاص أى من هاتين المحكمتين فى يد سلطة الاتهام او الاحالة .

مثال ذلك مانصت عليه المادة التاسعة من قانون حالة الطوارىء رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ من أنه يجوز لرئيس الجمهورية او لمن يقوم مقامه ان يحيل الى محاكم امن الدولة الجرائم التى يعاقب عليها القانون العام وقد صدرت اعمالا لهذا النص - اوامر رئيس الجمهورية رقم ٤١ لسنة ١٩٥٨ ورقم ٣١١ سنة ١٩٦٤ ورقم ٧ سنة ١٩٦٤ ورقم ١٦ سنة ١٩٦٨ .

وهذا الاختصاص المزدوج بين محكمتين متفاوتتين فى الضمانات يتعارض مع اصول الشرعية الاجرائية لاعتبارات ثلاث :

١ - ان اختصاص المحاكم يجب ان يتحدد بواسطة القانون وفقا لمعايير موضوعية مجردة

لا ان يكون متوقفا على مشيئة سلطة معينة .

٢ - لايجوز لاية سلطة ان تنتزع الدعوى من قاضيها الطبيعى الى محكمة اخرى .

٣ - يتعارض هذا الاختصاص المزدوج مع مبدأ المساواة امام القانون لأنه يجعل حظ المواطنين فى مدى التمتع بالضمانات متوقفا على مشيئة سلطة الاحالة .

لما كان ذلك ، فان مثل هذا النص يعد مخالفا للدستور لتعرضه مع مبدأ استقلال القضاء ومبدأ المساواة امام القانون ، ومن ثم فهو غير دستورى .

جـ - ان تكون المحكمة دائمة :

ويقصد بذلك المحكمة العادية التى انشأها القانون لنظر مثل هذه الدعاوى الجنائية دون قيد زمنى معين سواء تحدد هذا التقيد بمدة معينة أو بظروف مؤقتة مثل حالة الحرب أو حالة الطوارىء .

فالمحاكم المؤقتة لاتعتبر من عداد القضاء الطبيعى ، اذ الدعاوى الجنائية هى دائما من اختصاص المحاكم العادية التى لايتوقف وجودها أو اختصاصها على وقت محدد أو ظرف معين .

القاضى الطبيعى هو ضمان احترام حقوق الانسان :

ويخلص مما تقدم بجلاء ان القضاء الطبيعى ماوجد الا لحماية الحقوق الفردية واحترام الحريات العامة ، ويحضرنى فى هذا الصدد مادار من كلمات فى مؤتمر الاتحاد الدولى لحقوق الانسان فى باريس فى الفترة من ٢٢ الى ٢٦ يونيه ١٩٨٩ بمناسبة مرور مائتى سنة على قيام الثورة الفرنسية واعلان حقوق الانسان .

فقد تعالت الصيحات من العدوان على حقوق الانسان فى بعض الدول وبالاخص على لسان بعض ممثلى دول العالم الثالث وقد تصدى لهم المحاضر حين ذكر كلمته يوم ٢٤ يونيو ١٩٨٩ ان رجال السياسة يقولون مايريدون لحماية حقوق الانسان بينما ان السلطة التنفيذية تفعل ماتشاء عدوانا على حقوق الانسان بمقولة الحفاظ على سلامة الدولة وأمنها وقد تجاريها فى ذلك السلطة التشريعية وبالاخص فى الدول النامية بسن تشريعات استثنائية بحجة تحقيق هذا الغرض ، فلم يبق امامنا سوى السلطة القضائية فهى السلطة المنوط بها حماية الحريات العامة والمكلفة بصيانة الحقوق الفردية وذلك من عنف السلطة التنفيذية ومن قسوة النصوص التشريعية .

وأقصد بذلك القاضى الطبيعى أى المحاكم العادية وليست المحاكم الاستثنائية ، فالقاضى الطبيعى وحده هو الذى يرعى الحريات ويحترم الحقوق .

وانتهينا فى كلمتنا هذه الى وجوب مساندة الرأى العام لاتجاهات القضاء الطبيعى وتشجيعه فى الاتجاه الذى يسير فيه .

تطبيقات :

وتطبيقا للضوابط المشار اليها من قبل فانه يعتبر من قبيل القضاء الطبيعى :

- محاكم الاحداث المنشأة بمقتضى القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ ويتحدد اختصاصها اصلا بصفة المتهم وهو كونه من الاحداث .

- المحاكم العسكرية المنصوص عليها فى قانون الاحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والتى يتحدد اختصاصها اما بناء على صفة المتهمين مثل العسكريين او بناء على طبيعة الجريمة .

- محاكم امن الدولة الدائمة التى اصبحت جزءا من السلطة القضائية بمقتضى المادة ١٧١

من الدستور التى تنص على أن القانون ينظم ترتيب محاكم امن الدولة ويبين اختصاصهـا والشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء فيها وقد انشئت هذه المحاكم بالفعل بمقتضى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ .

أما محاكم أمن الدولة «طوارىء» فهى محاكم مؤقتة تنشأ بسبب حالة الطوارىء ومناط اختصاصها الاستثنائى هو قيام حالة الطوارىء ومتى انتهت هذه الحالة انحسر اختصاص هذه المحاكم بقوة القانون لكى تعود الى قاضيها الطبيعى .

ومن ثم فان هذا النوع من المحاكم لايعد من عداد القضاء الطبيعى .

محكمة القيم :

واذ صدر قانون حماية القيم من العيب رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ اورد فى المادة ٢٧ ومابعدها تشكيل قضاء القيم الذى يتضمن شخصيات عامة ، وهى ولاشك صورة من صور القضاء الشعبى تطبيقا لنص المادة ١٧٠ من الدستور التى تنص على أن :

«يسهم الشعب فى اقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون» .

ولما كانت محكمة القيم قد توافر فيها عناصر القضاء الطبيعى على النحو سالف الذكر هذا فضلا عن أن المادة ٣٨ من قانون حماية القيم من العيب قد اوردت انه تتبع فى المحاكمة امام محكمة القيم القواعد والاجراءات المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاثبات وقانون الاجراءات الجنائية .

لما كان ماتقدم ، فان محكمة القيم تدخل فى عداد القضاء الطبيعى ، ولاتعتبر من قبيل القضاء الاستثنائى كما يزعم المغرضون الذين ينادون بالغائها بعد ان اثبتت فى احكامها بجدارة انها ساهمت بقسط وفير فى محاربة الفساد وملاحقة المنحرفين .

المحاكم الاستثنائية :

وقد عرفت مصر ضربا من المحاكم الاستثنائية بعد قيام حركة الجيش فى ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ، فأوجدت نوعا من المحاكم المؤقتة بظروف معينة تشكل عادة من غير القضاء ولها اجراءات تنفرد بها تتبع فى مجال التحقيق والاتهام والمحاكمة .

وهذه المحاكم هى :

- محكمة الغدر المنشأة بالقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ .
- محكمة الثورة المنشأة بأمر مجلس قيادة الثورة فى ١٦ سبتمبر ١٩٥٢ .
- محكمة الشعب .

وغنى عن البيان ان هذه المحاكم لاتعتبر قضاء طبيعيا للمواطنين ، وتوجب قواعد الشرعية الاجرائية شجبها وعدم جواز انشائها لأنها محاكم استثنائية .

حالة الطوارىء والقضاء الطبيعى :

أنشأ القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارىء المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ محاكم أمن الدولة طوارىء .

ومن بين نصوص هذا القانون المادة الثالثة مكرر التى قررت حق المعتقل فى التظلم من اعتقاله الى محاكم امن الدولة العليا ، ولوزير الداخلية فى حالة صدور قرار بالافراج ان يطعن على قرار الافراج ، وحينئذ يحال الطعن الى دائرة اخرى للفصل فيه .

وتعليقا عن هذا النص ذهب الفقهاء الى أن تدخل وزير الداخلية فى الأجراءات يعد مساسا صارخا بمبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتنفيذية .

وكان قد عرض الامر على هيئة الخبراء باللجنة الدولية لرجال القضاء والتى انعقدت فى ايطاليا فى الفترة من ٣٠ ابريل الى ٤ مايو ١٩٨٤ لبيان المحكمة المختصة بنظر الجرائم التى تقع فى ظل حالة الطوارىء ، وكان من رأى بعض هؤلاء الخبراء ان ذلك الامر من اختصاص المحاكم الاستثنائية .

بينما تصدى لهم المحاضر اليوم مناديا بوجوب احترام فكرة القاضى الطبيعى وأن يكون اختصاص الحكم فى الجرائم المرتبكة ابان قيام حالة الطوارىء للمحكمة العادية وليس للمحاكم الاستثنائية .

وقد اقرت هيئة الخبراء بأغلبية الآراء هذا الاتجاه الثانى تأسيسا على وجوب مراعاة احكام الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية المبرمة فى ٦٦/١٢/١٦ (المادتين ٤ و ١٤) نصا وروحا .

الجـزاء

وغنى عن البيان انه اذا وقعت مخالفة من جانب السلطة التشريعية لمبدأ القاضى الطبيعى فوضعت تشريعا يكرس هذه المخالفة فان هذا التشريع الصادر يعتبر غير دستورى ، وحسب المحكمة الدستورية العليا ان تقضى بعدم دستوريته فيصبح عديم الاثر .

واذا اعتدت السلطة التنفيذية على قدسية هذا المبدأ فان الحكم الصادر من القاضى الاستثنائى يعتبر باطلا ، ولاحجية لـه لعدوانه على استقلال السلطة القضائية .

وبعد ، فان الحق بين والباطل بين .

وجدير بسلطات الدولة ان تحترم مبدأ المشروعية أو مبدأ الشرعية أو مبدأ احترام القانون أو مبدأ سيادة القانون أو مبدأ سيطرة أحكام القانون .

فاذا تنكبت احدى السلطات الطريق المستقيم واعتدت على مبدأ القاضى الطبيعى فحسب السلطتين الأخريين أن تردها عن غيها .

٥ - جزاء عدم احترام القانون :

للدستـور مكـان الصدارة بالنسبة لسائر قوانين الدولة ، فقواعده تسمو على جميع القوانين الأخرى ، ومن ثم يتعين ان تصدر هذه القوانين فى نطاق احكام الدستور فلا تخالفها وهو مايطلق عليه مبدأ دستورية القوانين . ومعنى المبدأ أنه يجب على جميع سلطات الدولة وبالاخص السلطة التشريعية أن تلتزم بأحكام الدستور ، فلايجوز أن يصدر تشريع عادى أو حتى تشريع فرعى اذا كان أى منهما مخالفا للمبادىء التى قررها الدستور ، فالقانون الذى يصدر متعارضا مع الدستور يعتبر قانونا غير دستورى ويحكم بعدم دستوريته ، واذا صدر تشريع فرعى مخالفا لتشريع عادى أو تشريع دستورى فيحكم أيضا بعدم مشروعيته .

وقد أناط القانون المصرى بالمحكمة الدستورية العليا القضاء بعدم دستورية القوانين واللوائح .

أما اذا قامت السلطة الادارية بعدم الالتزام بمبدأ المشروعية فأصدرت قرارا اداريا مخالفا للقانون فان السلطة القضائية تراقب مشروعية القرار الادارى ، واذا تبين لها عدم المشروعية تصدر حكما بالغاء القرار الادارى .

كما تقضى أيضا بالتعويض عن هذا القرار الأدارى الذى صدر مخالفا للقانون اذا طلب منها ذلك .

وهنا تلتزم الدولة بأداء التعويض للمحكوم له باعتبار أن الخطأ الذى ارتكب هو خطأ مصلحى .

وقد يدق الأمر اذا كان عدم مشروعية القرار الادارى ناشئا عن الانحراف فى استعمال السلطة او سوء استعمال السلطة أو التعسف فى استعمال السلطة .

فانه فى هذه الحالة يسأل الموظف العام مسئولية تقصيرية عن هذا الفعل غير المشروع التى يعد خطأ شخصيا لاخطأ مصلحيا ويلتزم وحده بالتعويض وترفع عليه الدعوى أمام القضاء العادى .

فمن المسلم به فى أوساط الفقه ودوائر القضاء أنه اذا انحرف الموظف العام عند أداء

الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الاضرار بالغير لأغراض نابية عن المصلحة العامة ، كان متعسفا فى استعمال السلطة ، وتحققت مسئوليته التقصيرية .

(نقض فى ١٩٤٢/١١/١٩ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، الجزء الأول ص ١٧١ رقم ٢) .

ودعوى المسئولية التقصيرية عن التعسف فى استعمال السلطة من اختصاص القضاء العادى وحده (الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ٩٦٨ ، هامش ٣) .

ان المساءلة الشخصية للعاملين فى الدولة ، أيا كانت مواقع عملهم ، عما يصدر منهم من أخطاء شخصية تجاوز مايقتضيه مباشرة أعمال وظائفهم أو مناصبهم أمر مسلم ومقرر حتى فى مجال المسئولية عن القرارات الادارية ، وليس فقط عن العمل المادى غير المشروع .

والفعل التقصيرى الموجب لمساءلة الموظف شخصيا هو ذلك الذى يكشف عن نزوات مرتكبه وعدم تبصره وتغييه منفعته الشخصية أو قصد النكاية والاضرار بالغير أو كان الخطأ المكون له جسيما (المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٠) وبتعبير آخر فان العبرة بالقصد الذى ينطوى عليه الموظف وهو يؤدى واجبات وظيفته فكلما قصد النكاية أو الأضرار او تغيا منفعته الشخصية كان خطؤه شخصيا يتحمل هو نتائجه ، وكذلك كلما كان الخطأ جسيما أو مكونا لجريمة (المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٨٥٣ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٦ ويراجع فى ذات المعنى فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة رقم ٧٨٤ فى ١٩٦٧/٦/٢٦ ، ٨٩٥ فى ١٩٦٧/٧/١٨) .

وهذا هو عين المبدأ فى مساءلة الموظف عما يتخذه من قرارات ادارية غير مشروعة ، فالمساءلة ترد على خطئه الشخصى ويكون ذلك بالبحث وراء نية الموظف فاذا كان يهدف من القرار الادارى الذى أصدره الى تحقيق الصالح العام أو كان قد تصرف لتحقيق الأهداف المنوطة بالادارة تحقيقها والتى تدخل فى وظيفته الادارية فان الخطأ يندمج فى اعمال الوظيفة بحيث يمكن فصله عنها ويعتبر من الأخطاء المنسوبة الى المرفق العام ويكون خطأ الموظف هنا مصلحيا ، أما اذا تبين أن الموظف لم يعمل للصالح العام أو كان يعمل مدفوعا بعوامل شخصية أو كان خطأ جسيما بحيث يصل الى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات فان الخطأ فى هذه الحالة يعتبر شخصيا .

وقد قطعت محكمة النقض قول كل مرجف بغير ماتقدم ، فقضت منذ زمن بعيد - وعلى ذلك قضاؤها حتى اليوم - بأنه

اذا ارتكب الموظف - ولو اثناء قيامه بوظيفته أو بمناسبة قيامه بها - خطأ بدافع شخصى من انتقام او حقد أو نحوهما فالموظف وحده هو الذى يجب ان يسأل عما جر اليه خطؤه من الضرر بالغير (جلسة ١٠/٤/١٩٣٢ طعن ٣٢٠٠ لسنة ٢ ق) .

وفى ظل تلك الأصول المؤصلة ، والمبدأ القضائى القويم لاينبغى ان يفلت موظف او شاغل منصب عام من المساءلة عما يكون قد أتاه بباعث شخصى منبت الصلة بالوظيفة العامة أو المنصب العام قاصدا الاساءة والأضرار بالغير ، ففى مؤاخذته والضرب على يده ، مدنيا وجزائيا ، رحمة عظيمة بالناس وردع لأمثال ذلك المسيء وعظة لغيره مما تسول لهم أنفسهم أن يحذوا حذوه أو تحدثهم بأن يستعملوا ما ائتمنوا عليه من سلطات ومكنات الادارة المقررة والمشروعة لاستعمالها فى تحقيق الصالح العام للمرفق وتسيير العمل فيه ، فى الاضرار بالغير والاساءة اليهم والنيل منهم .

ويجدر التنبيه فى هذا الصدد الى ان الموظف العام المنحرف حين ترفع عليه دعوى التعويض عن خطئه الشخصى - يحاول هذا الموظف جاهدا التوصل بدفع يقدمه الى المحكمة المدنية لاقالته من خبيث فعله والافلات من مسئوليته التقصيرية عن فعله الشخصى متذرعا بأن ماصدر عنه كان فى مجال اداء اعمال وظيفته وبقصد مباشرة اعمالها ابتغاء نقل عبء المسئولية الواقعة على عاتقه أصلا الى مسئولية ادارية عن القرار الادارى الباطل وغير المشروع .

ولكن هيهات ! فما اصدره من قرارات أو استصدرها كان كيدا بالمدعى فى دعوى المسئولية التقصيرية واضرارا به ولايمت فعله بصلة بالمصلحة العامة بل هو منبت الصلة بها تماما .

ويجب القول هنا باختصاص القضاء العادى ولائيا بتلك الدعوى .

واضرب لذلك مثلا : اذا ارتكب الموظف العام عملا يتضمن تعطيل تنفيذ القانون مستغلا فى ذلك سلطة وظيفته وقام القصد الجنائى فى حقه ففعله هذا يقع تحت طائلة العقاب المقرر فى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات التى تعاقب بالحبس والعزل الموظف العام الذى يستغل سلطة وظيفته فى تعطيل تنفيذ القوانين .

فالى جانب مسئوليته الجنائية تقوم مسئوليته المدنية أى مسئوليته التقصيرية عن خطئه الشخصى لارتكاب تلك الجريمة اذا ثبت من وقائع الدعوى انه ما أصدر قراره الادارى الانتجية لتعصبه للطائفة التى ينتسب لها واضرارا بغيرها ، أو نتيجة خلاف سياسى أو دينى ، أو من جراء حقد شخصى ، مما يحجبه عن أداء عمله طبقا للحق والعدل ونفاذا لحكم القانون .

وفضلا عن المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية للموظف العام ، فهناك المساءلة الادارية التى تحققها النيابة الادارية فاذا ما استبان لها ان هذا الموظف قد خرج عن حدود الواجب الوظيفى ولم يحترم القوانين قد استحق جزاء تأديبيا توقعه عليه المحكمة التأديبية .

القسم الثانى
أداء السلطة القضائية
«دراسة عملية»

٦ - قيم وتقاليد القضاء :

الاستقلال عن السلطة التنفيذية

واذا كان من طبيعة القضاء ان يكون مستقلا ، فكل مساس بالاستقلال من شأنه ان يعبث بجلال القضاء وكل تدخل فى عمل القضاء من جانب اية سلطة

من السلطتين الاخريين وبالاخص من السلطة التنفيذية يخل بميزان العدل ويقوض دعائم الحكم ، ان فى قيام القاضى باداء وظيفته حرا مستقلا مطمئنا على كرسيه آمنا على مصيره اكبر ضمانة لحماية الحقوق ، أليس هو الامين على الأرواح والحريات والاموال ؟ أليس هو الحارس للشرف والعرض ؟ أليس من حق الضعيف اذا ناله ضيم او حاق به ظلم ان يطمئن الى انه امام القضاء قوى بحقه مهما يكن خصمه قويا بماله او نفوذه او سلطانه اذ يجب ان ترعى الجميع عين العدالة ؟ تلك حقيقة ابرزها كبير القضاة الامريكيين ستورى Story منذ عشرات السنين حين ، قال «انه لاتوجد فى الحكومات البشرية سوى قوتين ضابطتين : قوة السلاح ، وقوة القوانين ، واذا لم يتول قوة القوانين قضاة فوق الخوف وفوق كل ملامة فان قوة السلاح هى التى ستسود حتما ، وبذلك تؤدى الى سيطرة النظم العسكرية على المدنية (الدكتور محمد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، ١٩٦٨ ، ص ٢) .

ووظيفة الحكومة فى القضاء ان تعمل على بقاء الجودة فى الصنعة والمتانة فى الخلق واصل عملها السلب اى الامتناع عن كل مايمس القاضى فى نفسه وفى عمله حتى لاتشوش عليه صنعته .

واذا كان الاستقراء قد دل على ان السياسة فى بعض الدول الاخرى كفرنسا كانت لها اساليب متعددة تنفذ منها الى قدس القضاء (راجع ج رانسون ، فن القضاء) الا انه يجب ان تبتعد السياسة عن القضاء ، يجب على الحكومة الا توحى الى القضاء باتجاه معين فى القضايا ، ذلك أن اتصال السياسة بالعدالة مفسده وأى مفسده ، هذا فضلا عن الاخلال الصارخ بمبدأ الفصل بين السلطات . واذا كان الامر كذلك من تحريم تدخل الدولة فى سير العدالة او فى القضايا اذ لايكون على القضاة سلطان فى قضائهم لغير القانون .

ولايغيب عن الذهن من ناحية اخرى انه يجب على القاضى الا يبالغ فى تكريم احد من افراد السلطة التنفيذية فى الجهات التى يولون فيها القضاء بما يؤله بعض الناس بالملق أو التزلف .

(مستشار حسن نجيب ، مذكرات فى استقلال القضاء ، سنة ١٩٤٥) .

واجبات قضائية :

١ – يجب على القاضى قراءة ملف الدعوى مقدما ودراسة موضوع النزاع .

ومن واجباته ايضا ان يحافظ على مواعيد الجلسات ، اذ لايمكن ان تكون هناك عدالة بغير أمانة متشددة متزمتة ، معنى ذلك – او من معانيه – انه لايمكن ان تقوم عدالة حيث لاتوجد مواظبة وهى نوع خاص من الامانة ينبغى ممارسته والتمسك به يوميا . فأمانة القاضى لاتلتمس فى ان يكون ممتنعا عن ان ترقى اليه اية محاولة للتأثير او الافساد فحسب بل تلتمس ايضا فى دقة مراعاة للمواعيد والمحافظة على وقت المحامين والجمهور فلا يتركهم فى ساحات المحكمة يضيعون الوقت فى انتظاره ليفتتح الجلسة .

٣ – ويلتزم بأن لايظهر رأيا خاصا اثناء المرافعة .

٤ – ويجب عليه الا يؤخر الفصل فى القضية بدون مبرر ، ذلك ان مراعاة مصلحة المتقاضين هى فى عدم تأخير الفصل فى منازعاتهم لان التأخير بلا مبرر تضطرب معه شئونهم وتتعطل من جرائه فوائد يرتقبونها .

ان فكرة التريث فى الفصل فى القضايا جاءت من جماعة ماكرة مرنوا على اجراءات المرافعات وبرعوا فى طرق احتيالية لاطالة امد التقاضى

ليصبح المدين الملىء فى حالة اعسار ظاهرة بعد مرور فترة من الزمن على قيام الخصومة ومن أجل هذا ونظرا البطء اجراءات التقاضى فى العصر الحاضر درج الناس يرددون عبارة «ان العدالة البطيئة شر أنواع الظلم» .

٥ - ومن واجباته كذلك أن يبسط رأيه فى وضوح وايجاز اثناء المداولة مع الالتزام باحترام آراء من هم اكبر منه سنا وأكثر خبرة وان كان رأيه كرأى زملائه من حيث القيمة والاعتبار سواء بسواء ، فيجب ان تدور مناقشته فى موقف وسط بين تجنب المناقشة والمجادلة التى تخرج به من موضوع الدعوى . كما يلتزم دائما بأن يحافظ على سرية المداولة .

التوفيق بين القانون والعدالة :

واجب القاضى التفكير وامعان النظر قبل اصدار الحكم واذا عرض امر يصح ان يكون مقبولا او عرضت وجهة نظر قد تكون صالحة فلا يقطع بالقبول او الصحة لاول وهلة واذا ظهر من البحث الأول ان الامر غير مقبول وان وجهة النظر غير صحيحة فلا يقطع بعدم القبول وعدم الصحة ، بل الواجب ان يمعن النظر ويدقق ويراجع مادام سبيل التحقيق والمراجعة ممهدا ، أى يقلب الرأى على مختلف وجوهه حتى يتيقن من مطابقته لمقتضى الحال ولايلتزم بالتأثير الأول الذى يتبادر الى الذهن .

ومن واجباته قبل ان يصدر حكمه وفقا للقوانين الموضوعة ان يقارن بينها وبين مانقتضى به العدالة الطبيعية فاذا تبين ان التقيد بحرفية النص يؤدى الى ظلم فاحش .

Summum jus summa injuria Droit strict Supreme injustice

فلا يتردد بين الحكم بمقتضى القانون وبين الحكم بمقتضى العدالة وانما يجب عليه ان يحكم بمقتضى القانون وذلك أن القاضى يقول كلمة القانون .

Judix qui jus dicit Le juge est celui qui dit le droit Dura lex sed lex .

ومن ثم يلتزم بتطبيق قاعدة «القانون قاس ولكنه القانون»

أى أنه مطالب دائما بأن يطبق نص القانون وان لايخل به وان لايتحايل على تفسيره تفسيرا يبعده عن حقيقته ولا أن يجعل له غرضا غير ما وضع له .

تحرير الاسباب بطريقة واضحة تشتمل الوقائع وحكم القانون : ان تسبيب الاحكام من أعظم الضمانات التى فرضها القانون على القضاة اذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التى يعلنونها فيما يفصلون فيه من الاقضية ، وبه وحده يسلمون من مظنة التحكم والاستبداد ، به يرفعون ما قد يرين على الاذهان من الشكوك والريب فيدعون الناس الى عدلهم مطمئنين . ولاتنفع الاسباب اذا كانت عباراتها مجملة لاتقنع احدا ، ولغة الاحكام تتطلب ان تكون واضحة محكمة سهلة ، والحكم الجيد يتميز بثلاث صفات : ان يكون تاما وواضحا وموجزا .

(راجع المادة ١٧٨ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ والمادة ٣١٠ من قانون الاجراءات الجنائية) .

علاقة القاضى بالخصوم :

١ - من آداب القاضى ان لايقبل الهدية ، ومنع قبول الهدية انما هو للخوف من مراعاتها .

ان الامام علاء الدين الطرابلسى فى كتابه معين الحكام قال : «والاصوب فى زماننا عدم القبول مطلقا لان الهدية تورث اذلال المهدى واغضاء المهدى اليه ، وفى ذلك ضرر القاضى ودخول الفساد عليه» . قيل أن الهدية تطفىء نور الحكمة . قال

ربيعة : «اياك والهدية فانها ذريعة الرشوة» وفى كل موضع لم يحل للقاضى أخذ الهدية وجب عليه ان لايقبلها فان قبلها وجب عليه ان يردها لصاحبها ، فلو تعذر الرد اما لعدم معرفته او لبعد مكانه وضعها فى بيت مال المسلمين .

واذا كان النبى ﷺ قد قبلة الهدية فانه معصوم .

٢ – ويجب على القاضى اذا دعى لتناول الطعام ان لايقبل الدعوة طالما كانت هناك خصومة قائمة مع الداعى . واذا لم تكن هناك خصومة فيجب عليه الا يجيب أية دعوة الا اذا وثق من خلوها من الموبقات .

٣ – واذا دخل القاضى على الخصوم سلم عليهم تسليما عاما لان السلام من سنة الاسلام ، وكان القاضى شريح يسلم على الخصوم ولكن لايخص احدهم بالتسليم عليه دون الأخر وهذا قبل جلوسه مجلس القضاء . اما اذا جلس للحكم فلا هو يسلم عليهم ولاهم يسلمون عليه .

٤ – ولاينبغى على القاضى ان يركب مع الخصوم الا اذا انتقل الى اجراء معاينة لمحل النزاع .

٥ – ومن اداب القاضى موعظة الخصوم ، اى تعريفهم بأن من خاصم فى باطل فانه خائض فى سخط الله ، ومن حلف ليقتطع مال اخيه بيمين فاجره فليتبوأ مقعده من النار .

٦ – اما من أساء أدبه من الخصوم فى مجلس القضاء اى ارتكب ما يطلق عليه بجرائم مجلس القضاء كما لو قال أحد الخصوم للقاضى «ظلمتنى» أو أهانه بأى شكل من الاشكال عزره القاضى ، ويرى بعض الحكماء ان العفو فى مثل هذا أمثل من العقوبة .

علاقات القاضى بالغير :

١ – اصحاب القاضى :

لاينبغى للقاضى ان يكثر الدخال عليه او الركاب معه ولا يجالسونه فى غير حاجة كانت لهم ، الا ان يكونوا أهل امانة ونصيحة وفضل فلا بأس بذلك . ويكفى للقاضى فى معرفة قبح حال الرجل ان يصحبه فى غير حاجة ولارفع مظلمة ولاخصومة ، وحق عليه ان يمنعه من ذلك ، لانهم انما يلزمون ذلك لاستتكال اموال الناس لانهم يرون ان لهم عند القاضى منزلة . ولهذا قالوا من تردد الى القاضى ثلاث مرات فى غير حاجة فذلك جرحة فى عدالته .

٢ – علاقته بالشهود :

شهادة الشهود La preuve Testimoniale

هى الطريق الطبيعى للاثبات . يجب على القاضى احترام الشاهد . روى عن النبى ﷺ قوله : «أكرموا الشهود فان الله تعالى يحق بهم الحقوق» فينبغى على القاضى الا يوجه الى الشاهد اى تلميح او تصريح يفيد الاستهانة بشأن أو تعليق يتضمن معنى عدم احترامه حتى لايصل الى حالة انكار الشهادة بما قد تضار به العدالة . لايسوغ له أن يظهر امام الشهود بمظهر المتشكك فى اقوالهم بابداء ملاحظات او اشارات تبعث الخوف فى نفوسهم وتعقل السنتهم عن تقرير ما أزمعوا الادلاء به من حقائق فى الدعوى . كما يجب عليه من ناحية اخرى موعظتهم . .

٣ – علاقته بالمحامين :

المحامى معاون للعدالة على اظهار الحقيقة . ينبغى عدم اساءة الظن به حين يسعى فى القيام برسالته . ويجب ان يمكن المحامى من اداء واجبه وأن يجاب الى طلبه ما أمكن ذلك ، هذا مع مراعاة عدم تعطيل الفصل فى الدعوى كل ذلك من اجل الا يفقد المتقاضون ثقتهم بالعدالة .

٤ – علاقته بموظفى المحكمة :

يجب ان تتسم تلك العلاقة بروح من الود والتفاهم لما فيه صالح العمل على ان يتوافر الحزم اللازم عند الضرورة ، ولايصح ان توصل علاقة العمل الى التغاضى عن الاخطاء او الاهمال الذى قد وقع من أحدهم . الوصايا العشرون التى يجب أن يتبعها القاضى :

كما وضعها القاضى ج ، ب رانسون (قاضى محكمة السين) فى ختام مؤلفه «فن القضاء» طبعة ١٩١٢ ترجمة المستشار محمد رشدى ، ص ١٠٥ .

١ – يجب على القاضى أن يحرص على اليمين التى أقسمها غاية الحرص وانه يرعاها بغاية الدقة .

٢ – ان يحافظ على الحضور فى ميعاد الجلسة .

٣ – وان يقابل المتداعين بالبشاشة والبشر .

٤ – وأن يكون رؤوفا بالضعفاء المحرومين[١] .

٥ – وان يتجنب طلب الشهرة والاعلان عن نفسه .

٦ – وان يسعى فى الصلح بين المتداعين .

٧ – وأن يوفق بين القانون وبين مايؤدى اليه اجتهاد رأيه .

٨ – وان لايغالى فى الاعتداد بنفسه .

٩ – وأن يفر من العمل الراتب فراره من الطاعون[٢] .

١٠ – وأن يعترف بخطئه اذا أخطأ[٣] .

١١ – وأن يقضى بالبراءة حالا فى حالة الشك .

١٢ – وأن يكون قاسيا أشد القسوة على غلاظ القلوب .

١٣ – وان لايكون صاحب نكته .

١٤ – وان يبسط الاجراءات اذا امكن ذلك بغير ضرر .

١٥ – وان يقرأ اوراق الدعوى على مهل وبدقة .

١٦ – والا يتسرع فى حل النزاع والا يبطىء .

١٧ – وان لاينام وقت المرافعة .

١٨ – وأن يحرر احكامه تامة ومع الاختصار وبخط يقرأ .

١٩ – والا يفكر فى الترقية الا يوم الأحد .

٢٠ – وأن يكون خادما مطيعا للقانون الى أن يختاره الله الى جواره .

٧ – تدريب القضاة

لاشك ان من بين الواجبات التى تضطلع بها وزارة العدل هو اعداد رجال القضاة وتدريبهم عند توليهم لمناصبهم وتوجيههم الى الصائب من الرأى فيما يقم عليهم .

ولن يتأتى ذلك الا بتنظيم دورات تدريبية لرجال القضاء تلقى فيها دروس وتمارين عملية بمعرفة كبار رجال القضاء فى شتى فروع القانون . ونرى ان فى تدريب القضاة حلا ناجحا لمشكلة تراكم القضايا التى كثر الحديث عنها منذ القديم ، فقد نشأت هذه المشكلة بسبب ضعف مستوى الاداء ونقص الخبرة لدى القضاة ، فما استوجب ايجاد اسلوب لتدريبهم حتى يكتسبوا تلك الخبرة ، ويتمكنوا بذلك من الفصل فى القضايا .

٨ – وجوب تخصص القضاة :

ذهب بعض انصار المدرسة الوضعية الايطالية وبالاخص أزيكوفرى الى ضرورة تخصص قضاة فى القضايا الجنائية يتعمقون فى دراسة القانون الجنائى والعلوم الجنائية الأخرى مثل علم الاجرام وعلم النفس الجنائى وعلم العقاب – حتى تكون نظرتهم أعمق غورا فى معالجته أسباب الاجرام

واصلاح حال المجرمين ، اذ ان التخصص فى ميادين العلوم والفنون المختلفة مدعاة للتفرع ، ومن ثم تؤدى الى الاتقان .

أما فى المجال المدنى والتجارى والأحوال الشخصية فهو من باب أولى يستوجب التخصص وهو مايؤدى ولاشك الى الاصلاح القضائى والقضاء على مشكلة تراكم القضايا لان من شأنه ان يرفع القدرة الانتاجية لرجل القضاء .

وهو ما استجاب اليه المشرع فى المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ حين قرر التخصص ووضع ضوابطه . بيد أن نظام التخصص لم يوضع بعد موضع التنفيذ .

هذا الى ان من مصلحة الجماعة ان تجىء كلمة العدالة سريعة حاسمة ولن يتيسر ذلك الا بالتخصص .

٩ - دور التفتيش القضائى :

تضم ادارة التفتيش القضائى نخبة وميزة من صفوة رجال القضاء ، تختص بالتفتيش على اعمال القضاة ورؤساء المحاكم الابتدائية لجمع البيانات التى تؤدى الى معرفة أوجه كفايتهم ومدى حرصهم على اداء واجبات وظيفتهم ، كما تختص بتحقيق الشكاوى المقدمة ضدهم .

ولئن كانت تلك الادارة تؤدى دورها على النحو المذكور الا أننا نرى اضافة مهمة أخرى اليها هى التوجيه والأرشاد بتعميم نشرات على رجال القضاء تتضمن أخطاءهم الشائعة من أجل تفادى تكرارها ، فضلا عن قيام المفتش بتوجيه رجل القضاء بمناسبة التفتيش على أعماله حتى يتيسر له تدارك ماوقع فيه من أخطاء .

خاتمــة

١٠ - وبعد :

فان القضاة نخبة من رجال الأمة ، أشربت نفوسهم احترام القانون وانغرس فى قلوبهم حب العدل . وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية ، فلا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار اذا لم يوجد قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ويدفع عنه الطغيان .

ومن ناحية أخرى فانه لكى يتاح لهذا المبدأ ان ينتج كل آثاره يجب ان توجد سلطة قضائية قوية من رجال ذوى كفاية مستقلين عن السلطة السياسية ،

ويجب الاعتراف بأن الاحكام التى يصدرها هؤلاء الرجال هى أحكام واجبة الاحترام من المحاكم على السواء . فالاخلال بذلك يصير بمبدأ المشروعية الى العدم .

وقد أورد الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى مقال له منشور بمجلة مجلس الدولة عدد يناير ١٩٥٢ - أورد قولا مأثورا للفقيه ديجى أبرز فيه دور القضاء ورجاله فى تأمين مبدأ المشروعية والضمانات التى تكفل أداء هذا الدور على الوجه الأكمل .

ثم أردف الدكتور السنهورى قائلا ان الديمقراطية فى أشد الحاجة الى رقابة القضاء ، السلطة التنفيذية هى أقوى السلطات جميعا تتغول السلطة التشريعية وتسيطر عليها ، والدواء الناجع لهذا الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية واستقلالها عن السلطة السياسية .

والله ولى التوفيق ، ם

هـــوامش

(١) وأن هذا تأكيد للمثل اللاتين الذى يقول «كن رحيما مع المستضعفين واقهر المستكبرين» .

Parcere subjsctis et depellare superbos

Etre clément avec les assujettis et vaincre les orgueilleux .

(٢) ألا يتقيد القاضى كثيرا بالعمل الراتب ، اذ المعروف عند القاضى أنه يميل بطبعه الى أنه يعمل بمحض ارادته .

(٣) هذا تأكيد للمثل اللاتينى الذى يقول (الخطأ جائز على الانسان ولكن الاصرار عليه غواية والاقرار به هداية) .

Errara humanum est perseverare diapolieum. Fateri prope divinum .

Se troper est humain, persister dans l'erreur est diabolique, la confesser est presque divin .

يقول مونتسيكو «ان أخطاء كثيرة لاعدد لها تقع فى اعمال الانسان دون أن يشعر بها» ثم يقول «ان الظلم الذى يقع على شخص انما هو شبح مخيف يهدد الآخرين فاذا كان الانسان عرضه للخطأ فلا يخشى القاضى الاعتراف بالخطأ لانه فضيله تدل على عدم الاستسلام لما يعتور الانسان من نقص» .

البلاغـــة ....

سمع خالد بن صفوان رجلا يتكلم ويكثر فى الكلام فقال له :

اعلم - رحمك الله - أن البلاغة ليست بخفة اللسان ، وكثرة الهذيان ، ولكنها باصابة المعنى ، والقصد الى الحجة .

الوسائل الحديثة لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي

للسيد الدكتور / هشام خالد - المحامي

تمهيد :

الأصل أن يتم حسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي بواسطة القضاء الوطني ، في الحالات التي ينعقد فيها الإختصاص الدولي للأخير . ومع ذلك ، فإن اللجوء ، للأخير يؤدي إلى العديد من المضار بأطراف النزاع المعني بطريق غير مباشر . وبهذه المثابة ، فقد دعت الحاجة ، إلى إيجاد وسائل جديدة - قليلة النفقات ، على النحو الذي يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية والقائمين عليها . ومن هذا المنطلق ظهر : التفاوض ، والتوفيق ، والتحكيم . فكل وسيلة مما ذكر ، تقوم بدور فعال في حسم العديد من المنازعات ذات العنصر الأجنبي . وبهذه المثابة ، فإن الوسائل المتقدمة من شأنها أن تحقق لنا نوعاً متميزاً من الحماية القضائية الدولية . وعلى هذا الأساس ، فإنها تعتبر جزءً لا يتجزأ من القانون القضائي الدولي والذي يعني بالهدف السابق ، الأمر الذي يوجب احاطتها - بالعناية اللازمة بهذا المقام . وهذا ما سنتصدى له الآن . هناك العديد من النظم والمؤسسات الدولية التي يلجأ اليها المتعاملون في التجارة الدولية ، لحسم منازعاتهم . ويضيق المقام الماثل عن إيرادها . وعلى هذا الأساس نكتفي هنا بذكر أحد الأنظمة المعينة ، والذي يتمثل في الإتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار والملحق المرفق بها والخاص بتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات ضمان الإستثمار المختلفة . ومرجع تركيزنا على هذه الإتفاقية أنها مبرمة بين جميع الدول العربية ومن بينها جمهورية مصر العربية ، وعليه تعتبر جزءا من أحكام القانون المصري في هذا الصدد . فقد تصدت المواد ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٧ من الإتفاقية المنشئة للمؤسسة لبيان الجهات المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات الضمان ، سواء تلك التي تتعلق بتفسير الإتفاقية وتطبيقها أو بالإستثمارات المؤمن عليها وأخيراً المنازعات الناشئة عن علاقة المؤسسة بالغير . فتنص المادة ٣٤ من الإتفاقية على أنه : « يبت مجلس المؤسسة بصفة نهائية المنازعات التي تنشأ بين الأقطار المتعاقدة أو بين الأعضاء أو بينهم وبين المؤسسة حول تفسير نصوص هذه الإتفاقية أو تطبيقها ، إذا ثارت المنازعات المذكورة في الفقرة السابقة بعد انتهاء عمليات المؤسسة أو نشأت بين المؤسسة وقطر السحب من الإتفاقية أو عضو زالت عنه صفة العضوية تتم تسويتها طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في ملحق هذه الإتفاقية مالم يتفق الأطراف على وسيلة أخرى تحل المنازعة .

وتنص المادة ٣٥ على أنه :

« ١ - أية منازعة بين أي من الأقطار المتعاقدة أو الأعضاء من جهة وبين المؤسسة من جهة أخرى بشأن استثمار مؤمن عليه طبقاً لهذه الإتفاقية أو بشأن أي موضوع آخر يتم تسويته حسب الإجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق ، وذلك دون

إخلال باختصاص مجلس المؤسسة في تفسير نصوص هذه الإتفاقية وتطبيقها وبسلطته في تحديد المسائل التي تدخل في هذا الإختصاص .

٢ - أية منازعات بين قطر انسحب من الإتفاقية أو عضو زالت عنه صفة العضوية وبين المؤسسة حول استثمار مؤمن عليه طبقاً لهذه الإتفاقية تتم تسويتها حسب الإجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق دون التقيد باختصاص مجلس المؤسسة في تفسير نصوص الإتفاقية أو تطبيقها » .

وتنص المادة ٣٧ من الإتفاقية على أنه : « تخضع المؤسسة في منازعاتها مع الغير للجهات القضائية المختصة في الأقطار المتعاقدة ، ولا يسرى ذلك على المنازعات المنصوص عليها في المواد السابقة » .

وإذا كانت المادة ٣٧ من الإتفاقية تقرر اختصاص القضاء الوطني في الدول المتعاقدة بنظر المنازعات الناشئة بين المؤسسة والغير فلنا على هذا النص ملاحظتان : **فمن ناحية أولى** ، من المتصور أن تتم تسوية المنازعات المتقدمة عن طريق القضاء الوطني لدولة غير متعاقدة سيما في الفرض الذى يكون فيه الغير منتمياً لدولة غير متعاقدة ، فليس من شأن المادة ٣٧ أن تسلب الإختصاص المقرر للمحكمة المعنية بموجب قانونها **ومن ناحية ثانية** ، فمن المتصور أن تتم تسوية المنازعات المتقدمة عن طريق التحكيم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في ملحق تسوية المنازعات ، وذلك إذا ما اتفقت المؤسسة مع الغير على ذلك . وفي هذا الفرض قد يتم إخضاع هذه المنازعات لذات القانون الذى يحكم عقد الضمان ، أو لقاعدة إسناد خاصة تبتدعها محكمة التحكيم [٢] . كما بين الملحق رقم ١ والمرفق بالإتفاقية طرق تسوية المنازعات المتقدمة . وحيث أن هذه الأمور لا تتصل بعقد الضمان محل دراستنا فترى استبعادها ، حيث نكتفي بالتعرض لطرق تسوية المنازعات الناشئة عن العقد المتقدم [٣] .

وتنحصر هذه الطرق في التفاوض والتوفيق والتحكيم . وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا إلى فصلين :

الفصل الأول : التفاوض والتوفيق .

الفصل الثاني : التحكيم .

الفصل الأول
التفاوض والتوفيق

تمهيد :

تنص المادة ٣٦ من الإتفاقية المنشئة للمؤسسة على أنه « تحدد عقود التأمين طريقة تسوية المنازعات التى تنشأ بين المؤسسة والمستثمرين المؤمن لهم » . وتذهب عقود الضمان إلى أنه « تتم تسوية المنازعات التى تنشأ بين الطرف الضامن والطرف المضمون عن طريق إجراءات التفاوض والتوفيق المشار إليها في المادتين ٣ ، ٢ من ملحق تسوية المنازعات باتفاقية إنشاء المؤسسة فإن لم يؤدى ذلك إلى التوصل إلى حل يقبله الطرفان تتم تسوية المنازعة عن طريق التحكيم طبقاً للإجراءات والأحكام المنصوص عليها في المادة ٤ من ملحق تسوية المنازعات سالف الذكر » .

أولاً : التفاوض [٤] :

تنص المادة ٢ من ملحق تسوية المنازعات على أنه : « يسعى الأطراف في أية منازعة ..... إلى تسويتها عن طريق المفاوضات ، ولا يجوز اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم إلا بعد استنفاذ سبل

التسوية عن هذا الطريق وتعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الأطراف في التوصل إلى حل خلال ستة أشهر من طلب أى طرف الدخول فيها » .

ويقصد بالمفاوضات الإتصالات التى تجرى بين المؤسسة والمستثمر المضمون ، أيا ما كانت الوسيلة المتبعة فى ذلك (٥) فقد يتم الإتصال شفاهة أو كتابة (٦) ، حيث أن ملحق تسوية المنازعات لم يشترط شكلاً خاصاً لها . ولكن يحسن فى رأينا أن تتخذ شكلاً مكتوباً ، حتى يسهل إثباتها ، وتحديد الوقت الذى بدأت فيه . فللبيان المتقدم أهمية خاصة ، فقد رأينا أن المادة المتقدمة لا تجيز اللجوء إلى إجراءات التوفيق ، إلا بعد فشل المتفاوضون فى تسوية المنازعة المطروحة خلال ستة أشهر . وبهذه المثابة يتعين تحديد اليوم الذى بدأت فيه المفاوضات حتى يتسنى لنا حساب الميعاد السابق ، وحتى يمكن البدء فى اتخاذ الإجراءات اللاحق حال عدم الوصول إلى حل ، ولن يتسنى لنا ذلك إلا عن طريق إثبات إجراءات المفاوضات بالكتابة .

ويمكن للمؤسسة أو للمستثمر المضمون – فى أى وقت – أن يبدى رغبته فى حل النزاع عن الطريق المتقدم ، وذلك بإرسال كتاب إلى الطرف الآخر يبين فيه ذلك . ويضمنه مقترحاً لحل هذا النزاع ويتعين على الطرف الآخر أن يرد على ذلك بكتاب آخر يبين فيه بدوره وجهة نظره فى المقترحات المرسلة إليه وهكذا حتى يتم الوصول إلى حل يرتضيه الطرفان المتنازعان كما يمكن أن تتخذ المفاوضات صورة اجتماعات دورية تعقد بين ممثل المؤسسة والمستثمر المضمون ، بحيث يقومون فيها بتبادل وجهات النظر حول المسألة محل النزاع ، وكيفية حلها . « وإذا كان النزاع مما يحتاج حله لتدخل خبراء فنيين ، فيجوز للمتفاوضين تأليف لجنة فنية مختلطة من مندوبين عن كل منهما تتولى دراسة موضوع النزاع ووضع تقرير برأيها فيه يسترشد به المتفاوضون » (٧) وعلى أى حال ، فالمدة التى يتعين إتمام المفاوضات فيها هى ستة أشهر .

فإذا توصل الطرفان إلى حل للمسألة المطروحة تعين عليهم إثبات مضمونه فى محرر منعاً من المنازعة حوله فى المستقبل . بحيث يكون حجة عليهم فى هذا الصدد (٨) ولكن إذا فشل المفاوضون يتعين عليهم اللجوء إلى التوثيق .

ثانياً : التوفيق :

تنص المادة ٣ من ملحق تسوية المنازعات على أنه :

١ – إذا لم تؤد المفاوضات إلى اتفاق بين الأطراف فى المنازعة جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق التوفيق . ويكون اللجوء إلى التوفيق بالإتفاق بين الأطراف ، فإذا تعذر هذا الإتفاق تعين اللجوء إلى التحكيم ..... » .

فإذا كانت المفاوضات إجراء ملزم بحيث لا لجوء إلى سواه قبل استنفاذه . فالتوفيق إجراء اختيارى ، بحيث يجوز للمتنازعين اللجوء إليه ، أو العزوف عنه . والوضع المتقدم يمثل تناقضاً لا مبرر له فى رأينا : فكان من الأجدر بالملحق المتقدم أن يسوى بين الإجرائين المتقدمين فى الحكم ، بأن يجعلها معا اختياريين أو إجباريين ولكن التفرقة السابقة لا تقوم على أساس سليم . ومن الأفضل فى رأينا أن تكون إجراءات التوفيق إلزامية ، حيث لا يتصور أن تكون إجراءات التقاضى اختيارية ومتروكة لإرادة المتخاصمين إن شاءوا لجأوا لها أو عزفوا عنها . والأخذ بالنظر المعاكس من شأنه تفويت درجة من درجات التقاضى ، وهذا غير مقبول . ومن المحتمل أن يتم

حسم النزاع عن الطريق السابق ، وبذلك يستقر الخصوم فى أقرب وقت ، سيما إذا علمنا بأن التوفيق يقوم على إجراءات مبسطة وسريعة . ومما يؤكد سلامة النقد المتقدم ، أن المادة ٣/٣ من الملحق قد ذهبت إلى أنه لا يكون لأى منهم (الخصوم) طلب اللجوء إلى التحكيم قبل انتهاء الموفق من مهمته فى الموعد المحدد لها . فكان واضعى الملحق قد رأوا ترك الخيار للمتخاصمين فى اللجوء إلى التوفيق من عدمه ، ولكنهم إذا اختاروا السير فى الطريق المتقدم فيجب عليهم الإستمرار فيه إلى نهايته . ولا يخفى على أحد ما ينطوى عليه هذا الموقف من تناقض . وأياً ما كان أمر النقد السابق ، فثابت – وفقاً للمادة ١/٣ من الملحق إنه إذا تعذر اتفاق الطرفين على التوفيق ، فيجب اللجوء إلى التحكيم ويتحقق ذلك الوضع إذا ما أعرب أحدهما أو كلاهما عن رغبته فى عدم اللجوء للإجراء المتقدم ، تم ذلك صراحة أو ضمناً ، بأن صدر عنه تصرف يقطع بذلك . أما إذا اتفق الطرفان على اللجوء إلى التوفيق ، فيجب أن يتضمن اتفاقهما وصفاً للنزاع ولمطالبات أطرافه ، كذا اسم الموفق والأتعاب المقررة له . ويجوز للأطراف تفويض الأمين العام لجامعة الدول العربية فى اختيار من يتولى التوفيق فيما بينهم . (م ٢/٣) .

وإذا كان ظاهر النص المتقدم يفيد أن الموفق يجب أن يكون شخصاً واحداً . فنرى وعلى العكس من ذلك أن هذا أمر غير مقصود من جانب واضعى الملحق . وبهذه المثابة يمكن أن يتولى التوفيق لجنة مكونة من عدة أشخاص حسبما جرى العمل الدولى فى هذا الصدد .[١٠] ولن تصادفنا أية مشكلة ذا ما استوفى الإتفاق على التوفيق البيانات المتقدمة ولكن يدق الأمر فى الغرض الذى يخلو فيه هذا الإتفاق من أحد هذه البيانات كاسم الموفق أو أعضاء لجنة التوفيق ، حيث يثور التساؤل عن حكم هذه الحالة إزاء سكوت الملحق فى هذا المقام . ونرى أن خلو الإتفاق من البيان المتقدم يجعله غير منتج لأى أثر قانونى . ولكن يجوز للأطراف استكمال هذا النقص فيما بعد حسبما يتراءى لهم دون التقيد بميعاد معين ، حيث أن الملحق لم يستلزم تحقق الإتفاق الصحيح على التوفيق فى ميعاد معين . ولا شك أنه من شأن الوضع المتقدم أن يطول زمن الخصومة ، وهو أمر غير مبرر . لذلك نقترح النص في هذا الملحق على أنه يجب على الأطراف الوصول إلى اتفاق صحيح على التوفيق خلال شهر يبدأ من اليوم التالى لفشل المفاوضات فإذا انقضى هذا الميعاد دون الوصول إلى مثل هذا الإتفاق تكون إجراءات التوفيق قد فشلت ويتعين اللجوء إلى التحكيم » .

وتقتصر مهمة الموفق على محاولة التقريب بين وجهات النظر فى النزاع ويكون له إبداء المقترحات الكفيلة بالوصول لحل ترتضيه الأطراف [١١] . وعلى الأطراف تزويد الموفق بالبيانات والوثائق التى تساعده فى أداء هذه المهمة . ولا يكون لأى منهم طلب اللجوء إلى التحكيم قبل انتهاء الموفق من مهمته فى الموعد المحدد لها (م ٣/٣ من الملحق) . ويقدم الموفق خلال ستة أشهر على الأكثر من بدء مهمته تقريراً بنتائج هذه المهمة يتضمن تحديداً لأوجه الخلاف ولمقترحاته بشأن تسويتها وما يكون عليه الحال لو عرض الأمر على محكمة التحكيم التى قد يعرض عليها النزاع فيما بعد . ويكون على كل طرف فى النزاع إبداء الرأى فى نتائج هذا التقرير وإبلاغه للأطراف الأخرى خلال شهر على الأكثر من صدور التقرير . (م ٤/٣ من الملحق) . والنص المتقدم يثير عدة فروض : الفرض

الأول ، وفيه يوافق الأطراف على الحل الذى انتهى إليه الموفق فى تقريره ، وهنا ينتهى النزاع صلحاً . ونرى أنه من الأوفق إثبات هذا الإتفاق فى وثيقة ، منعاً من تجديد النزاع فى المستقبل حول المسألة المحسوسة . أما الفرض الثانى ، وفيه يعجز الموفق عن وضع تقريره فى خلال مدة ستة أشهر من بداية مهمته ، فهنا يتعين اللجوء إلى التحكيم كذا فى الفرض الذى لا يتفق فيه الأطراف على الحلول المقترحة فى التقرير المتقدم .

ويعاب على الحكم المتقدم فى شقة الأول أنه سوى بين الفرض الذى يكون فيه مرجع عجز الموفق عن وضع تقريره هو خطأ الخصوم ، والفرض الذى يكون فيه مرجع ذلك هو خطوه الشخصى . فكان من الأوفق أن يكون للخصوم - فى الفرض الأخير حق اختيار موفق آخر حتى لا يضاروا من وضع ليس لهم فيه يد . ويبقى الفرض الذى لا يقوم فيه الطرفان أو أحدهما بالرد على تقرير الموفق ، فهل يعتبر هذا الموقف رضاءً ضمنياً بالتقرير أم رفضاً له ؟ الراجح أنه لا يمكن افتراض رضاء الخصوم بالتقرير حالة السكون عن الرد . وبهذه المثابة يعتبر هذا الموقف رفضاً للتقرير ، ويتعين اللجوء إلى التحكيم . وإذا كان الثابت أن تقرير الموفق ليس له أية حجية أمام محكمة التحكيم التى قد يعرض عليها النزاع وفقاً لنص المادة ٤/٣ من الملحق ، فنرى أن إقرارات الخصوم أمام الموفق تحتفظ بحجيتها أمام المحكمة المتقدمة وقد تساعدها على حسم النزاع المطروح عليها . وأيا ما كان أمر الوسيلتين السابقتين . فان اللجوء إليهما قد يحسم المنازعة المطروحة ، وقد لا يؤدى إلى حسمها ، وفى الحالة الأخيرة يتعين اللجوء للوسيلة الأخيرة وهى التحكيم . وهذا ما سنخصص له الفصل الثانى .

الفصل الثانى

التحكيم (١٢)

تمهيد :

يذهب جانب من الفقه - وبحق - إلى أن إخضاع عقود الضمان للتحكيم أمر ينطوى على استجابة لما استقر عليه العمل الدولى حديثاً بصدد العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبى (١٣) فالتحكيم هو الوسيلة الفعالة لحسم المنازعات الناتجة عن العلاقات المتقدمة . « فإلى جانب سرعة إجراءاته بالمقارنة بالإجراءات القضائية المعتادة ، فإن اختيار المحكمين من المختصين فى مجال الإستثمار سوف يخولهم قدرة أكبر على تفهم المشاكل المطروحة وإيجاد أفضل الحلول لها » (١٤) . هذا إلى أن « التحكيم هو الأقدر على تطبيق الأحكام الموضوعية التى تحكم العلاقات المطروحة نظراً لطبيعتها الدولية » (١٥) .

وقد تضمنت الشروط العامة لعقود الضمان شرطاً مقتضاه وجوب لجوء المستثمر المضمون والمؤسسة إلى محكمة التحكيم المختصة لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الضمان .

تقسيم :

وسوف نقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على التحكيم .

المبحث الثانى : خصومة التحكيم .

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على التحكيم

تمهيد :

التحكيم عقد تترتب عليه خصومة وتحديد القانون الواجب

التطبيق عليه ينبغى أن تراعى فيه الحقيقة المتقدمة . وبهذه المثابة سوف نقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإتفاق على التحكيم ، ثم نحدد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم (إجراءات التحكيم) .

أولاً : القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ونظامه :

تنص المادة ٣٦ من الإتفاقية على أنه « تحدد عقود التأمين (الضمان) طريقة تسوية المنازعات التى تنشأ بين المؤسسة والمستثمرين المؤمن لهم » . والمستفاد من هذا النص أن الإتفاقية خولت لأطراف عقد الضمان حق اختيار طريقة تسوية منازعتهم المعنية . وإعمالاً لذلك نصت عقود الضمان على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المعنية وهذا لا يمنع المتعاقدين المعنيين من إبرام عقد تحكيم مستقل . وعلى أى حال فنحن فى الحالين بصدد اتفاق تحكيم [١٧] . ويتعين تحديد القانون الذى يحكمه حيث أن الشروط العامة فضلاً عن الإتفاقية لم تتصد لتحديده .

من البداية يثور التساؤل هل يعتبر اتفاق التحكيم جزء من عقد الضمان أم أنه يستقل عنه بحيث يشكل بذاته عقد مستقل ، وما أثر ذلك على تحديد القانون الواجب التطبيق عليه ؟ وفقاً للإتجاه التقليدى ، والذى ساد شطراً كبيراً من القرن التاسع عشر من فرنسا ، فان شرط التحكيم ليس له أى قيمة قانونية . وفى ظل هذا النظر ، لم يكن من الممكن الحديث عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم وانفصاله عن العقد الأصلى الذى ورد ضمن نصوصه سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق أو بالنسبة لتقرير مدى صحته أو بطلانه » [١٨] وفى مرحلة لاحقة وبعد انضمام فرنسا إلى بروتوكول جنيف ١٩٢٣ أصبح شرط التحكيم صحيحاً فى المسائل التجارية ثم تعاقبت التشريعات وكان آخرها عام ١٩٨٠ ، حيث أصبح هذا الشرط صحيحاً كقاعدة عامة ما لم يوجد نص خاص يحظره . وهكذا فقد « استقر الرأى على إمكانية فصل شرط التحكيم عن العقد الأصلى الذى تضمنته ... بحيث يكون شرط التحكيم صحيحاً رغم بطلان العقد الذى ورد فيه [٢٠] . هذا عن القانون الداخلى ، أما فى نطاق العلاقات الخاصة الدولية ، فقد استقر القضاء الفرنسى منذ نهاية القرن التاسع عشر على صحة شرط التحكيم فى العقود الدولية شريطة أن يكون القانون

المختص بحكم – وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية – يعتبره صحيحاً . كما قرر هذا القضاء فى العديد من الأحكام استقلالية هذا الشرط عن العقد الذى ورد فيه . ويؤيد البعض النظر السابق على أساس أن الشرط المعنى يفترق عن العقد الأصلى من عدة وجوه « فموضوعه هو تسوية المنازعات التى يحتمل أن تتولد عن العقد الأصلى وسببه هو الإلتزام المتبادل بين الأطراف بانتزاع هذه المنازعات من ولاية المحاكم والإلتجاء فى شأنها إلى المحكمين ، هو بعد يتصف بخاصة الإجرائية » [٢٢] . ولا شك أن الخلاف السابق ، ينعكس على مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق فى هذا الصدد . فالقول باندماج شرط التحكيم فى عقد الضمان يوجب على محكمة التحكيم المختصة تكييفه تمهيداً لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه ، وهل هو القانون الذى يحكم الموضوع أم القانون الذى يحكم الإجراءات ، أما القول باستقلالية شرط التحكيم الوارد فى عقد الضمان عن هذا الأخير فيعنى استقلال النظام القانونى لهذا الشرط عن نظيره والذى يحكم العقد المعنى . وبهذه المثابة لا يسرى قانون العقد على « شرط التحكيم » وأخذاً بالسائد

في العمل الدولي ، نرى استقلال شرط التحكيم الوارد في الشروط العامة لعقود الضمان . وإذا كانت هذه الأخيرة قامت بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، فإن هذا الأخير لا تمتد ولايته لحكم شرط التحكيم وبهذه المثابة يتعين علينا تحديده وفقاً للمبادىء العامة للقانون الدولي الخاص .

« السائد فقهاً وقضاءً وفي الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هو خضوع التحكيم لقانون الإرادة » (٢٣) وتأسيساً بالإتجاه السابق نرى إخضاع الإتفاق على التحكيم بصدد عقد الضمان لقانون الارادة . ولكن يثور التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون بصدد حالتنا الماثلة إزاء سكوت عقود الضمان عن تحديده ؟ القاعدة العامة هي وجوب البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين إزاء هذه المسألة (٢٤) . بهذه المثابة يتعين على محكمة التحكيم المختصة أن تبحث في الظروف والملابسات المحيطة حتى تقف على الإرادة الضمنية لأطراف العقد بخصوص هذه المسألة . ويرى البعض إمكان الإسترشاد في هذا الصدد بمقر التحكيم « فاختيار الأطراف لمقر التحكيم دون تعيين القانون الواجب التطبيق صراحة ، يمكن أن يعد تعبيراً ضمنياً عن اختيارهم قانون هذا المقر ليكون هو الواجب التطبيق . على أنه توجد صعوبة في الإعتداد بهذه القرينة عندما تتوزع عملية التحكيم بين أكثر من بلد ولذلك نجد بعض الإتفاقيات الدولية تعتد بالمكان الذي يصدر فيه الحكم وليس بمقر التحكيم » (٢٥) .

ولكن ما الحكم إذا لم يوجد لأطراف عقد الضمان إرادة ضمنية بخصوص المسألة المتقدمة ؟ يرى الفقه الغالب أنه « يفهم من سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق انهم تركوا أمر تعيين هذا القانون للمحكمين أنفسهم وذلك حملاً على أنه من غير المقبول في ميدان التجارة الدولية أن يكون إغفال الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق مرجعه الجهل أو الإهمال ، ومن المحتمل أنهم لم يتعرضوا لمعالجة هذه المسألة إذ أنهم فضلوا ألا يتعرضوا لها . أو أنهم قدروا استحالة الإتفاق عليها ومن كل ذلك يفهم تركها للحل الذي يراه المحكمون » (٢٦) . ولا نرى بأساً من الأخذ بهذا النظر في النطاق الماثل ، وعليه يحق لمحكمة التحكيم المختصة اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، فإذا ما انتهينا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، فننصرف الآن إلى تحديد نطاق تطبيقه ، حيث يثور التساؤل عما إذا كانت ولاية هذا القانون تمتد لتشمل كافة الأمور التي يثيرها هذا الإتفاق أم إنها تنحسر عن بعضها .

نطاق تطبيق القانون المختص :

١ - المسائل التي تخرج عن نطاقه :

نسارع من البداية إلى تأكيد خروج مسألتين من ولاية القانون المختص هما الأهلية والشكل ويتعين علينا أن نتصدى لبيان القانون الذي يحكمهما :

١ - القانون الذي يحكم أهلية الإتفاق على التحكيم :

رأينا من قبل أن أهلية التعاقد ليست من مسائل التصرف الإرادي بل هي صفة لصيقة بالشخص المعني وتتحدد بمراعاة حالته . ومن هذا المنطلق فقد اختصت في مختلف الدول بالقاعدة إسناد خاصة مؤداها إخضاعها للقانون الشخص للمتعاقد المعني .

ويثور التساؤل عن كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الإتفاق على التحكيم بصدد عقد الضمان ؟ من المتصور أن تلجأ محكمة التحكيم إلى قاعدة

الإسناد المختصة فى الدولة التى تتم فيها مباشرة إجراءات التحكيم حتى تحدد لنا هذه الأخيرة القانون الذى يحكم أهلية الإتفاق على التحكيم »[٢٧] . ولكن يعيب هذا النظر أن إجراءات التحكيم يمكن أن تباشر فى أكثر من دولة ، وهنا يثور التساؤل عن كيفية المفاضلة بين القوانين المعنية . كما أن دولة الإستماع يمكن أن تنعدم صلتها بالنزاع المعنى الأمر الذى يبرر عدم اللجوء لقاعدة الإسناد المختصة لديها . ومن المتصور أيضاً تحديد هذا القانون عن طريق اللجوء لقاعدة الإسناد المختصة فى قانون الدولة التى سيتم فيها تنفيذ الحكم[٢٨] . ولكن يعيب هذا النظر أن هذه الدولة يتعذر تحديدها فى الوقت الذى تثور فيه المشكلة السابقة . ومن الجائز أن يتم تنفيذ الحكم فى أكثر من دولة الأمر الذى يعنى اللجوء لأكثر من قاعدة إسناد فى هذا الصدد . وفى هذا الغرض يتعين تطبيق القوانين المختصة تطبيقاً جامعاً . ولا يخفى أن ذلك يؤدى لتطبيق القانون الاشد . وفى ضوء ذلك ، نرى من الخير إخضاع أهلية الإتفاق على التحكيم بصدد عقد الضمان للقانون الشخصى للمتعاقد المعنى[٢] . ولكن يثور التساؤل عن ماهية القانون ، وهل هو قانون الجنسية أم قانون الموطن ؟ الثابت أن معظم تشريعات الدولة العربية تنص على إخضاع الأهلية للتصرف لقانون جنسية الشخص المعنى بوصفه القانون الشخصى[٣٠] - فتنص المادة ١٠ من القانون المدنى الجزائرى على أنه : « تسرى القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين فى بلاد أجنبية » . وتنص المادة ١٢ من القانون المدنى الأردنى على أنه : « يسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم ..... » .

وتنص المادة ١١ من القانون المدنى المصرى على أنه : « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم ......» .

وتنص المادة ٣٣ من القانون الدولى الخاص الكويتى على أنه : « الحالة المدنية للشخص وأهليته يسرى عليها قانون جنسيته » . وفضلاً عما تقدم ، فالثابت أن المادة ١٢ من القانون المدنى السورى ، والمادة ١١ من القانون المدنى الليبى والمادة ١٣ من القانون المدنى العراقى . قد اعتنقت ذات الإتجاه السابق . فكافة القوانين المتقدمة ، قد اعتبرت قانون جنسية الشخص المعنى ، هو قانونه الشخصى ، وبهذه المثابة فهو الذى يختص بحكم أهليته . وعلى هذا الأساس نرى إخضاع أهلية الإتفاق على التحكيم بصدد العقد محل البحث ، لقانون جنسية المتعاقد المعنى .. أما إذا تعلق الأمر بالمؤسسة ، وهى الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم ، فإن أهليتها فى المقام الماثل ، إنما تخضع للإتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، وللوائح الصادرة عن مجلس المؤسسة . فقد رأينا فى موضوع متقدم ، أن المادة ٢٦ من الإتفاقية تجيز لأطراف العقد المعنى . حق تحديد الطريق التى يتم بمقتضاها تسوية المنازعات التى يثيرها عقد الضمان . والمستفاد من هذا النص ، إباحة لجوء المؤسسة للوسيلة المناسبة . لحسم المنازعات التى عسى أن تنشىء عن عقود الضمان التى تبرمها مع المستثمرين طالبى الضمان . إذن فالمؤسسة أهل لإبرام اتفاق التحكيم بموجب المادة المتقدمة من الإتفاقية سالفة البيان . وقد نصت المادة ١/١/١٢ من الإتفاقية ، على الشخص الذى يحق له تمثيلها فى إبرام العقد المعنى ، حيث قررت : « يتولى

المدير العام .... بما فى ذلك :

١ – إبرام عقود التأمين مع المستثمرين ... » إذن فالمدير العام ، هو صاحب الصلاحية لإبرام عقود الضمان . ويذهب الفقه الراجح إلى أن « الإتفاق التحكيمى يختلف عن غيره من الإتفاقيات بما يضمنه من طابع إجرائى من حيث كونه يتضمن التجاء الأطراف إلى القضاء التحكيمى للفصل فى النزاع . وأخذاً بهذا الإعتبار يمكن القول بأن الأهلية للتحكيم تستلزم أن يكون الشخص أهلاً للتعاقد وأهلاً للتقاضى » (٣١) . ومن هذا المنطلق يجب أن يكون المتعاقد المعنى أهلاً للتعاقد والتقاضى وفقاً لقانون جنسيته ، هذا مع ملاحظة أن أهلية التعاقد اللازمة بصدد التحكيم هى أهلية الشخص للتصرف فى حقوقه ، فلا يكفى تمتعه بأهلية الإدارة » (٣٢) . وإذا تعلق الأمر بأهلية الدولة المتعاقدة للتحكيم ، فيرجع بشأنها لقانونها الداخلى .

ب – القانون الذى يحكم شكل الإتفاق على التحكيم :

هناك قاعدة مستقرة مفادها خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام ، كما أن هذه القاعدة اختيارية بحيث يجوز للمتعاقدين الخروج عنها واختيار قانون آخر خلافه . وإذا كان الأمر كذلك . هل تنصرف هذه القاعدة إلى شكل الإتفاق على التحكيم ؟ تلقى مسألة الشكل فى التحكيم اهتماما كبيراً لدى بعض التشريعات ، الامر الذى يحملها على اعتبار احكامه من النظام العام فيها ، حيث ان« الشكل يقتضى بجانب تيسير الاثبات وتوفير الحماية للاطراف من الالتزام فى خفة وبغير حذر . ويكون من الخطورة بمكان ان يترك الاختصاص بالشكل لقانون محل الإبرام وحده دونما نظر إلى الاحكام المتعلقة بالشكل فى قانون التحكيم (قانون الادارة)» (٣٣) . فاذا كانت بعض التشريعات الداخلية تتطلب شكلا عرفيا لهذا الاتفاق ، فعلى العكس تتطلب بعض التشريعات شكلا رسميا له « (٣٤) . ورغم ذلك ، يذهب البعض إلى الأخذ بالقاعدة العامة بخصوص شكل التصرف مقرراً إخضاع شكل« الإتفاق على التحكيم لقانون بلد الإبرام مع تقرير حق المتعاقدين فى إخضاعه لقانون الإرادة . بحيث يعتبر الإتفاق الأخير ولو كان باطلاً طبقاً للقانون المحلى » (٣٥) . وقد أقر معهد القانون الدولى فى دور اجتماعه المنعقد فى امستردام القاعدة التالية : « يسرى على شكل اتفاق التحكيم القانون المعمول به فى البلد الذى أبرم فيه التصرف ، ومع ذلك فان مشارطة التحكيم أو شرط التحكيم الذى لا يكون مستوفياً متطلبات الشكل المقررة فى هذا القانون يكون صحيحاً متى كانت قد روعيت فيه الأشكال المقررة فى قانون المساكن الذى يوجد فيه مقر محكمة التحكيم » (٣٦) .

ويذهب اتجاه ثالث إلى إخضاع شكل الإتفاق على التحكيم للقانون الذى يحكم موضوع التحكيم متى كان ذلك من شأنه اعتبار هذا الإتفاق صحيحاً من حيث الشكل . أما إذا أدى ذلك إلى بطلانه فيجب الرجوع إلى قانون الدولة التى أبرم فيها هذا الإتفاق . ومن شأن هذا النظر – عند أصحابه – التيسير على المتعاقدين (٣٧) . ونرى الأخذ بالرأى الأخير ، بصدد شكل الإتفاق على التحكيم فى عقد الضمان ، حيث يؤدى إلى وحدة النظام القانونى لاتفاق التحكيم ، فشكل هذا الإتفاق وموضوعه يخضعان بذلك لقانون واحد ، كما أن هذا الحل يكفل التيسير على المتعاقدين فى هذا الصدد .

وإذ نفرغ من بيان المسائل التى تخرج عن نطاق القانون الذى يحكم موضوع الإتفاق على التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها ، يتعين علينا بيان المسائل التى تدخل فى نطاق القانون المعنى .

٢ : المسائل التى تدخل فى نطاق تطبيقه :

يسرى القانون المختص على تكوين الإتفاق على التحكيم ، فهو الذى يحكم التراضى وعيوب الإرادة ، والمحل والسبب . كما يخضع لهذا القانون التزام الأطراف بتحديد موضوع النزاع (٣٨) . كما يحكم هذا القانون أيضاً مشروعية محل الإتفاق على التحكيم . إلا وهو قابلية الموضوع محل النزاع للتحكيم فيه . « وهذا القول هو النتيجة المنطقية للنظر للقابلية للتحكيم باعتبارها شرط صحة اتفاق التحكيم » (٣٩) . وبهذه المثابة فمتى أثيرت القابلية للتحكيم بهذا الوصف لدى المحكمين .... تعين تطبيق قانون الإرادة أو بديله . وهذا النظر ورد به النص فى بعض الإتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك م ١/١/٥ والتى تذهب إلى وجود أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً طبقاً للقانون الذى أخضعه الأطراف له . ولا شك أن قابلية النزاع للتحكيم هو شرط من شروط الصحة » (٤٠) .

ومع ذلك توجد ثمة اتجاهات أخرى فى هذا الصدد :

أ – حيث يذهب البعض إلى إخضاع مسألة مشروعية الإتفاق على التحكيم للقانون الذى يحكم مشروعية العقد الأصلى (٤١) .

ب – ويذهب اتجاه ثانى لإخضاع المسألة المتقدمة لقانون الدولة التى أدى هذا الإتفاق إلى سلب الإختصاص من محاكمها . وقد أخذت محكمة استئناف الإسكندرية بهذا النظر فى حكمها الصادر فى ١٩٧٤/١/٣٠ ولكن يعاب على هذا الإتجاه أنه فى معظم الحالات تكون هناك أكثر من محكمة مختصة بنظر المنازعة المعنية وبذلك يصعب الرجوع إلى عدة قوانين مجتمعة لتقرير مشروعية الإتفاق المعنى (٤٢) .

جـ – ويذهب اتجاه ثالث إلى إخضاع المسألة المتقدمة لقانون الدولة التى تنعقد فيها جلسات الإستماع . وهذا ما أخذت به محكمة استئناف الإسكندرية فى حكمها الصادر فى ١٩٧٦/٤/٨ ولكن يعاب على هذا الإتجاه إغفاله لمسألة هامة هى اثر اتفاق التحكيم فى سلب الإختصاص من المحكمة المعنية (٤٣) . هذا إلى انه يستحيل الأخذ بهذ النظر فى الفرض الذى يتم فيه تحديد مكان انعقاد محكمة التحكيم فى وقت لاحق على انعقاد العقد كذا فى الفرض الذى تتوزع فيه جلسات الإنعقاد بين أكثر من دولة ، حيث يتعين تطبيق عدة قوانين بخصوص المسألة المتقدمة .

ويثور التساؤل هل تمتد ولاية القانون المتقدم لتحكم تفسير الإتفاق على التحكيم ، أم أن هذه المسألة تفلت من الخضوع له . ويتعين تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ؟

يذهب البعض إلى وجوب تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً موسعاً – بمعزل عن أى نظام قانونى وطنى « بحيث يكون الشك لصالح مد نطاق التحكيم وليس الحد منه » (٤٤) . ويجد هذا الإتجاه قبولاً حسناً لدى القضاء الأمريكى (٤٥) فقد ذهبت بعض المحاكم الأمريكية إلى أن « السماح باستصدار أوامر حجز تحفظية سابقة على صدور حكم التحكيم يعد أمراً متعارضاً مع مقتضيات القاعدة التى أوردتها م ٣/٢ من اتفاقية نيويورك » (٤٦) . فوفقاً لهذا النظر ، فان إخضاع مسألة معينة للتحكيم أمر يوجب على القضاء الوطنى الإمتناع عن التصدى لأى أمر يتصل بهذه المسألة حتى لو كان ذو طبيعة وقتية أو تحفظية ، حيث أن السماح للقضاء الوطنى بالتصدى للأمور السابقة يعنى اشراكه فى حل النزاع وهذا أمر غير جائز نزولاً على شرط التحكيم (٤٧) .

ويذهب اتجاه آخر إلى وجوب تفسير شرط التحكيم فى ضوء دلالة عباراته لغة ووفقاً للنظام القانونى الذى تنتمى إليه هذه العبارة مع مراعاة الطبيعة الدولية للنزاع (٤٨) . ولعل الأقرب للصواب هو إخضاع تفسير اتفاق التحكيم لذات القانون الذى يحكم هذا الإتفاق (٤٩) وصولاً لوحدة نظامه القانونى ، فقانون الإرادة هو الذى يحكم الإتفاق وتفسيره فى آن واحد (٥٠) . فالقانون المتقدم هو الذى يحدد لنا مضمون اتفاق التحكيم حيث يبين لنا نطاقه . أى المنازعات التى تدخل فيه ، وتلك التى تخرج عنه . وفى الفرض الأخير هل يتعلق الأمر بالمنازعات المستعجلة أم يمتد ليشمل ذات الطبيعة الوقتية ، كذا الإجراءات التحفظية ويحدد لنا ذات القانون أيضاً مناط انعقاد الإختصاص للقضاء الوطنى فى هذه الأحوال (٥١) والسلطات الممنوحة له فى هذا الصدد وهل تتعلق ببحث ظاهر الأوراق أم تمتد لتشمل الجوانب الدقيقة فى النزاع (٥٢) . كذا حجية الأحكام الصادرة فى مثل هذه المنازعات (٥٣) . وفضلاً عن ذلك ، يحدد لنا القانون المتقدم هل تمتد ولاية محكمة التحكيم للحالات التى يطعن فيها بالتزوير على بعض المستندات أمامها من عدمه ، والحالة التى يتم فيها رد أحد المحكمين ، والغرض الذى يتطلب فيه الأمر توقيع جزاءات على من يقومون بالإخلال بنظام الجلسات ، والفرض الذى تدعو فيه الحاجة إلى إلزام الشهود بالحضور أو لتوقيع ثمة جزاءات عليهم حال تخلفهم عن ذلك . ويبين لنا هذا القانون أيضاً مدى سلطة محكمة التحكيم بالنسبة لاتخاذ إجراءات الإثبات كالشهادة والخبرة واليمين الحاسمة والمتممة . وأيا ما كان الأمر ، فالثابت أن اتجاهاً قوياً لدى الفقه والقضاء فى العديد من الدول من شأنه تقرير حق القضاء الوطنى فى التصدى للفصل فى الأمور المستعجلة والوقتية والتحفظية رغم وجود شرط التحكيم (٥٤) . بذلك نكون قد حددنا القانون الواجب التطبيق على الإتفاق على التحكيم حيث وقفنا على ماهية هذا القانون ونطاق انطباقه : أى تلك المسائل التى تفلت منه وتلك التى تخضع له . يبقى علينا الآن أن نحدد القانون الذى يحكم خصومة التحكيم .

ثانياً : القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم ونطاقه :

إذا ثارت منازعة أمام محكمة التحكيم فان التساؤل يثور حول طبيعتها . وهل هى موضوعية أم إجرائية تمهيداً لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها . وما كانت هذه المشكلة لتثور لو أن عقود الضمان قد أخضعت الخصومة فى شقيها الموضوعى والإجرائى لنظام قانونى واحد (٥٥) . ولكنها لم تفعل حيث اكتفت بتحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع دون الإجراءات . وبهذه المثابة فان الحاجة تدعو إلى التمييز بين الأمرين المتقدمين تمهيداً لنطاق سريان كل نظام . بذل الفقه مجهوداً كبيراً لوضع ضوابط للتمييز بين المسائل الموضوعية أو الإجرائية :

أ – فيذهب البعض إلى أن « المسائل الموضوعية هى تلك التى تتعلق بالحق من حيث وجوده ونطاقه وتعديله وانقضاؤه أما المسائل الإجرائية فهى تلك التى تتعلق بالوسائل التى من شأنها اقتضاء هذا الحق (٥٦) .

ب – ويذهب البعض الآخر إلى أن القانون الموضوعى هو الذى يحكم العلاقة ما بين المتعاقدين ، أما القانون الإجرائى فهو الذى يحكم العلاقة بين المحكمة والخصوم والغير . ولكن يعيب هذا النظر أنه غير حاسم فمسألة شروط قبول الدعوى ينظر إليها البعض

باعتبارها مسألة متعلقة بعلاقة الخصوم بعضهم بالبعض ، بينما ينظر لها البعض الآخر باعتبارها مسألة منظمة لعلاقة المحكمة بالخصوم . هذا إلى أن القاعدة الواحدة يمكن أن تخاطب الخصوم والمحكمة فى آن واحد ، بل أن البعض يذهب إلى القول بأن كافة القواعد القانونية إنما تخاطب السلطات العامة فى الدولة ومنها القضاء دون الأفراد وبذلك ينهار المعيار السابق (٥٧) .

جـ - ويذهب اتجاه ثالث إلى أنه لن يتأتى لنا تحديد طبيعة قاعدة معينة إلا عن طريق تحليل عبارتها ، فإذا كان من النوع الذى يستخدم عادة فى صياغة القواعد الموضوعية كانت القاعدة محل البحث موضوعية ، أما إذا كانت هذه العبارة مما يستخدم فى صياغة القواعد الإجرائية ، كانت القاعدة المعنية إجرائية (٥٨) .

والراجح هنا : أن التفرقة بين المسائل الموضوعية والإجرائية هى مسألة تكييف تخضع للقانون المختص (٥٩) . وبهذه المثابة ، إذا عرضت مسألة معينة أمام محكمة التحكيم ، فيجب عليها أن تقوم بتكييفها تمهيداً لإسنادها للقانون المختص ، فإذا خلصت هذه المحكمة إلى أن الأمر يتعلق بمسألة موضوعية أخضعتها للقانون الواجب التطبيق على الموضوع . أما إذا انتهت إلى اعتبارها مسألة إجرائية ، فيتعين عليها إخضاعها للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات . ولكن يثور التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون يذهب البعض ، إلى انه لا صعوبة فى الأمر ، إذا ما اختار المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة أمام المحكم ، فهنا يتعين عليه أن يعمل أحكام هذا القانون (٦٠) . أما إذا لم يعبر المتعاقدان عن إراتهم الصريحة فى هذا الصدد ، يتعين على المحكمة التحكيمية أن تبحث عن إرادتهم الضمنية ، والتى يمكن الوقوف عليها عن طريق تحديد الدولة التى ستنعقد فيها جلسات الإستماع ، فاختيار المتعاقدين لتلك الدولة يعنى ضمناً اختيار قانونها لحكم إجراءات التحكيم (٦١) . ولا شك أن إخضاع الإجراءات لقانون الدولة التى تنعقد فيها جلسات التحكيم يتفق مع طبيعته القضائية ، كما أنه يتيح لمحكمة التحكيم فرصة الوقوف على القانون الإجرائى الواجب التطبيق بسهولة هذا إلى أن الخضوع له يمكنها من «طلب المساعدة من السلطات القضائية المختصة فى دولة التحكيم مثل شهادة الشهود (٦٢) . » ولكن يعيب هذا النظر أن جلسات الإستماع يمكن أن تنعقد فى أكثر من دولة ، كما أن الحكم قد يصدر فى دولة مختلفة ، فهنا يثور التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون . هذا إلى أنه كثيراً ما تتم إجراءات التحكيم فى دولة منبتة الصلة بالنزاع (٦٣) . ويذهب اتجاه آخر إلى تطبيق القانون الإجرائى السائد فى الدولة التى سيجرى فيها تنفيذ الحكم ، باعتباره النظام القانونى الذى سيكفل الفعالية لهذا الأخير (٦٤) . ويعيب هذا النظر أنه فى كثير من الحالات يصعب على المحكمة التحكيمية التنبؤ بالدولة التى سيتم فيها تنفيذ الحكم الصادر منها . كما أنه قد تتعدد الدول التى يمكن أن يتم فيها هذا التنفيذ ، وبهذه المثابة يثور التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون نظراً لصعوبة تطبيق قوانينها مجتمعة .

والراجح ما يذهب إليه البعض من تقرير حق محكمة التحكيم فى اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الخصومة أمامها . فمن شأن هذا النظر أن تتمكن هذه المحكمة من اختيار أفضل النظم القانونية وأنسبها لحكم المسألة المعروضة (٦٥) . ولكن يثور التساؤل . هل من اللازم أن

يكون هذا القانون صادراً عن دولة ، أم يجوز أن يكون صادراً عن إحدى الهيئات الدائمة للتحكيم التجارى الدولى . يذهب البعض إلى تطبيق محكمة التحكيم لقانون إجرائى خاص بدولة معينة سوف يؤدى إلى سهولة الإعتراف بحكمها وتنفيذه ، أما إذا طبقت الأخيرة نظاماً إجرائياً غير صادر عن دولة ، فقد يؤدى ذلك إلى عدم إمكان تنفيذ هذا الحكم سيما إذا كانت دولة التنفيذ تتشدد فى معاملة أحكام المحكمين الأجنبية.(٦٦) ومع ذلك ، يدعو البعض (٦٧) الآخر إلى عدم إخضاع إجراءات التحكيم الدولى لأى نظام قانونى وطنى . ويؤكد البعض سلامة هذا النظر مقرراً أن هناك حالات كثيرة للتحكيم جرت فيها أوساط التجارة الدولية على الخروج عن نطاق القوانين الوطنية ، (٦٨) . وبهذه المثابة . فلمحكمة التحكيم حق الخيار والمفاضلة بين الأنظمة المطروحة عليها توصلاً لاكثرها ملائمة فى هذا الصدد ، فيحق لها التعويل على قانون دولة معينة ، ولا يلزم أن يكون خاصاً بالدولة التى تتم فيها جلسات الإستماع (٦٩) . بل يحق لها اختيار سواه ما دام متفقاً مع القانون الواجب التطبيق على الموضوع ، أو بعبارة أخرى فالقانون المختار يجب أن يكون بعيداً عن الشكلية والتحكم (٧٠) . وقد أحسنت الإتفاقية وعقود الضمان صنعاً حينما تبنت الإتجاه الراجح فى العمل الدولى ، حيث نصت م ٤/١/٥ على أنه تفصل محكمة التحكيم ... وتحدد الإجراءات الخاصة بها ، (٧١) . ونرى أنه بمرور الوقت سوف تقل الحاجة إلى مثل هذا القانون ، سيما إذا ما تصدى مجلس المؤسسة لإصدار اللوائح المنظمة لإجراءات الخصومة أمام محكمة التحكيم . كما أن السوابق التى سترسيها هذه الأخيرة يمكن التعويل عليها فى هذا الصدد (٧٢) . فإذا ما فرغنا من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة أمام محكمة التحكيم ، فان التساؤل يثور حول نطاق تطبيق هذا القانون . وهذا ما سنبينه عند الكلام على إجراءات الخصومة ، كما سيلى .

المبحث الثانى
خصومة التحكيم

تمهيد :

حدد ملحق الإتفاقية وعقود الضمان الطريقة التى يتم بها تعيين المحكمين كما بين إجراءات الخصومة أمام محكمة التحكيم منذ بدأتها وحتى إصدار الحكم وفى النهاية بينت الآثار المترتبة على الحكم . ويثور التساؤل عن كفاية التنظيم المتقدم وعن ماهية الدور الذى يلعبه القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة فى هذا الصدد .

أولاً : تعيين المحكمين :

نص المادة ٤ من ملحق تسوية المنازعات أنه تبدأ إجراءات التحكيم عن طريق إخطار يتقدم فيه الطرف الراغب فى التحكيم إلى الطرف أو الأطراف الأخرى فى المنازعة ويوضح هذا الإخطار .... واسم المحكم المعين من قبله (٧٣) . ويجب على الطرف الآخر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الإخطار أن يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذى عينه (٧٤) ، ويختار المحكمون مرجحاً ويكون له صوت مرجح عند انقسام الآراء بالتساوى فى المحكمة (٧٥) .

وإذا لم يعين الطرف الآخر محكماً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الإخطار أو لم يتفق المحكمون على تعيين المحكم المرجح خلال ستين يوماً من التاريخ المذكور تتكون محكمة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردى من المحكمين بينهم

حكم مرجح ويكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من جانب رئيس محكمة العدل العربية وإلى أن تنشأ هذه المحكمة يوجه الطلب إلى أمين عام جامعة الدول العربية (٧٦) .

وتنص المادة ٧٣ من عقد ضمان مساهمة في رأس مال شركة على أنه (٧٧) « يجب أن يكون المحكمين مواطنى الدول الأعضاء فى المؤسسة .. على أنه إذا كان الطرف المضمون شخصاً اعتبارياً لا يتمتع بجنسية إحدى هذه الدول ، جاز أن يكون المحكم الذى يعينه من جنسية الدولة التى ينتمى إليها الشخص الإعتبارى . وفى غير الأحوال التى يتفق فيها الطرفان على خلاف ذلك ، يجب ألا يكون الحكم المرجح المحكم الوحيد من مواطنى الدولة التى ينتمى إليها الطرف المضمون بجنسيته (٧٨) ، (٧٩) . ولا يجوز لأى طرف تغيير المحكم الذى عينه قبل البدء فى نظر الدعوى وفى حالة استقالة المحكم أو وفاته أو عجزه عن العمل يعين محكم خلفاً له بذات الطريق التى عين بها المحكم الأصلى . ويكون للخلف جميع سلطات سلفه ويقوم بجميع واجباته » .

والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، هو الذى يبين لنا الصفات الواجب توافرها فى المحكمين وتلك التى يجب أن تنتفى فى حقهم ، فهذا القانون يحدد ما إذا كان من اللازم أن يكون المحكم رجلاً أم يمكن أن يكون امرأة (٨٠) ، وهل يلزم أن يكون ذو ثقافة قانونية أو فنية من عدمه (٨١) ، وهل يلزم أن يكون المحكم عالماً باللغة التى يتم بها المرافعة ، أم أن ذلك غير لازم على أساس قيامه بالحكم فى الخصومة المطروحة عليه فى ضوء الأوراق المقدمة إليه ولو كانت مترجمة ويحدد لنا ذات القانون عما إذا كان من اللازم أن تكون حواس المحكمين مكتملة أو أن نقص بعضها لا يؤثر عليه ، كأن يكون أبكماً أو كفيفاً .. ويبين لنا ذات القانون هل من اللازم أن يكون المحكمين ملمين بالكتابة والقراءة من عدمه ، وفى حالة النفى ما هى الإجراءات اللازم اتخاذها لتلافى آثار هذا العوار . كما يحدد لنا القانون هل يمكن أن يكون المحكم من رجال القضاء من عدمه (٨٢) . والقانون الذى يحكم الإجراءات هو الذى يبين لنا الأهلية اللازم توافرها فى المحكمين ، والأثر المترتب علي تخلفها ، وهل هى الأهلية الكاملة أم يمكن أن يكونوا ناقصى الأهلية . كذا هل يمكن أن يكون المحكم محروماً من حقوقه المدنية أو السياسية أو مفلسا (٨٣) . والقانون الإجرائى هو الذى يبين لنا مدى إمكان رد المحكم (٨٤) . وفى حالة الإيجاب الأسباب التى توجب الرد والميعاد ، الذى يجب التمسك به فيه ، ويحدد لنا أيضاً أثر التقدم بطلب الرد على الخصومة المطروحة أمام محكمة التحكيم ، وهل تستمر أم يتعين وقفها لحين الفصل فى هذا الطلب ، كذا أثر الحكم بالرد على الإجراءات التى تمت أمام هذه المحكمة قبل تقديم الطلب أو بعده إذا ما استمر المحكم المعنى فى مباشرة مهام وظيفته رغم ذلك . وأخيراً فالقانون المتقدم هو الذى يبين لنا الجهة المختصة بالفصل فى هذا الطلب .

ثانياً : إجراءات الخصومة :

تنص المادة ٤ من ملحق تسوية المنازعات على أنه « تبدأ إجراءات التحكيم عن طريق إخطار يتقدم به الطرف الراغب فى التحكيم إلى الطرف أو الأطراف الأخرى ويوضح هذا الإخطار طبيعة المنازعة والقرار المطلوب صدوره فيها ... » فالنص المتقدم يبين لنا الكيفية التى تنعقد بها خصومة التحكيم . ولكن هناك أوجه نقص تعتور هذا التنظيم ، وبهذه المثابة

يتصدى القانون الواجب التطبيق لبيان حكمها .

فقانون الإجراءات هو الذى يبين لنا الطريقة التى يتم بها إخطار المدعى عليه بالرغبة فى طرح الخصومة على محكمة التحكيم ، وهل يتم ذلك بالطريق الرسمى عن طريق إعلان على يد محضر أو عن الطريق العادى أى بالبريد ، وما هو الحكم فى حالة عدم وصول هذا الإخطار إلى المدعى عليه أو فى حالة وصوله متأخراً ، كذا اللغة التى يجب أن يتم بها الإخطار ، وهل يلزم إرفاق المستندات المؤيدة للطلبات الواردة فيه من عدمه . ويبين لنا ذات القانون الحالة التى يخلو فيها الإخطار من أحد البيانات الأساسية لطبيعة النزاع أو الطلبات ، وهل يكون باطلاً من عدمه ، وهل يمكن تصحيح هذا البطلان ، وما أثر ذلك على التزام المدعى عليه بالرد فى الميعاد المقرر قانوناً أو اتفاقاً . وإذا جاء الإخطار صحيحاً ؛ فالقانون المختص هو الذى يبين لنا البيانات الواجب توافرها فى رد المدعى عليه وشكله ولغته ومرفقاته . وتنص الإتفاقية (الملحق) وعقود الضمان المختلفة على أنه تنعقد محكمة التحكيم لأول مرة فى الزمان والمكان الذين يحددهما الحكم المرجح ثم تقرر المحكمة بعد ذلك مكان انعقادها ومواعيدها (م ٤/١/٥) [٨٥] . ويمكن أن تنعقد جلسات الإستماع فى دولة عربية متعاقدة أو فى دولة غير متعاقدة ، حيث أن الأحكام السابقة لم تضع أى قيد فى هذا الصدد ، ودولة الإستماع قد تكون دولة المدعى عليه أو دولة المدعى ، وقد تكون دولة محايدة [٨٦] . وتفصل محكمة التحكيم فى كافة المسائل الخاصة باختصاصها [٨٧] . ويعتبر هذا النص تقنيناً للعمل الدولى فى هذا المجال ، حيث جرى على إعطاء محاكم التحكيم السلطة المتقدمة [٨٨] . وبهذه المثابة إذا ما دفع أحد الخصوم أمامها بعدم اختصاصها بنظر مسألة معينة ، فإن هذه المحكمة هى صاحبة الولاية فى التصدى للفصل فى هذا الدفع . ومن ناحية أخرى يحق لهذه المحكمة التخلى عن نظر أى طلب من طلبات الخصوم إذا وجدت أنه خارج ولايتها [٨٩] . وتظل ولاية المحكمة باقية حتى لو طعن الخصوم على عقد الضمان بالبطلان . وحتى لو قضت هذه المحكمة ببطلانه ، حيث الثابت أن شرط التحكيم يتمتع باستقلالية عن العقد الذى يرد فيه [٩٠] . ولكن يثور التساؤل عن مدى حق محكمة التحكيم فى التصدى لتفسير الإتفاقية إذا ما دعت الحاجة إلى ذلك عند قيامها بالفصل فى النزاع المطروح عليها .

ومن المفيد أن نشير هنا إلى أن المادة ١٠/٢/د من الإتفاقية قد نصت على أنه « يقوم المجلس على وجه الخصوص بالمهام الآتية :

أ - ....

ب - تفسير نصوص هذه الإتفاقية » .

وعلى هذا الأساس فمجلس المؤسسة هو السلطة الوحيدة صاحبة الحق فى تفسير الإتفاقية ، ولا يجوز نزعه عنه بأى حال . وبهذه المثابة إذا ما ثارت منازعة أمام هذه المحكمة حول تفسير نص من نصوص الإتفاقية ، يتعين عليها أن توقف الفصل فى نظر الدعوى وأن تحيل الأمر إلى المجلس لإبداء رأيه فيه ، ومن شأن هذا النظر أن يتوحد مضمون الأحكام الواردة فى الإتفاقية ، والقول بغير ذلك يؤدى بالضرورة إلى اختلاف مضمون الحكم (المطبق) باختلاف المنازعة . وهذا الوضع من شأنه الإخلال بالمساواة بين المستثمرين المضمونين ، وهى نتيجة غير مرغوب فيها على الإطلاق . ويجب على هذه المحكمة الإلتزام

بالتفسير الذى يعطيه المجلس للنص محل البحث (٩١) .

ويجوز لهيئة التحكيم فى أية مرحلة من مراحل الإجراءات أن تطلب إلى الطرفين تقديم مستندات أو أدلة أخرى وأن تعاين المكان المتصل بالنزاع وأن تجرى ما تراه لازماً من تحقيقات (٩٢) . فالأصل هو التزام الخصوم بتقديم الأدلة المثبتة لادعاءاتهم ، فالمحكمة المتقدمة ليست ملزمة بالإشارة عليهم بذلك فهم وشأنهم فى هذا الأمر ، ولكن ذلك لا يحول دون قيامها بطلب المستندات المعينة منهم توصلا لوجه الحقيقة فى الأمر (٩٣) . وفضلاً عن ذلك يحق للخصوم أن يثبتوا ادعاءاتهم بكافة طرق الإثبات مثل الشهادة والمعاينة وما شابه ذلك من وسائل ، كالخبرة (٩٤) . ولا صعوبة فى الأمر ، إذا ما استطاعت المحكمة السابقة القيام بالأمور المتقدمة . ولكن يدق الأمر فى الفرض التى يستعصى عليها ذلك . فإذا تعلق الأمر بالإثبات عن طريق البينة ، فقد لا يحضر الشهود أمامها ، وهى لا تستطيع أن توقع أى جزاء عليهم لعدم خضوعهم لولايتها فهنا يحق لها الرجوع للمحكمة الوطنية المختصة بطلب سماع شهادتهم إذا كان قانونها يجيز لها ذلك . كذا إذا تطلب الأمر اللجوء إلى خبراء رسميين فى دولة معينة ، لإعداد تقرير فنى خاص بالدعوى أو لفحص بعض المستندات (٩٥) .

وتسمح هيئة التحكيم لجميع الأطراف بفرصة عادلة لتقديم مذكراتهم والإدلاء بأقوالهم وأوجه دفاعهم (٩٦) . ونظراً لوجود أوجه نقص فى التنظيم المتقدم .

فقانون الإجراءات هو الذى يبين لنا هل تتم الجلسات سرية أم علنية (٩٧) . كذلك اللغة المستخدمة فى المرافعة وهل يلزم أن تكون العربية أم يمكن أن تكون لغة أخرى ، وفى الحالة الأخيرة هل يلزم إرفاق ترجمة لما يقدم من مستندات بلغة أجنبية من عدمه . ويبين لنا ذات القانون هل يلزم وجود كاتب جلسة من عدمه (٩٨) . وهل هناك محاضر لجلسات الإستماع وما هى الأمور التى يتم إثباتها فيها .. (٩٩) . وهل يلزم أن يحضر الخصوم بأنفسهم أمامها أم يجوز توكيل الغير فى ذلك ، وما هى الصفات الواجب توافرها فى الوكلاء والطريقة التى يثبتون بها صفاتهم المتقدمة وهل يلزم أن يكونوا من المحامين من عدمه ، وفى حالة الإيجاب ماهى المواصفات الواجب توافرها فيهم (١٠٠) ، كذا ما هى حقوقهم والتزاماتهم (١٠١) . والقانون الذى يحكم الإجراءات هو الذى يحكم عوارض الخصومة (١٠٢) . أمام محكمة التحكيم ، فيحدد لنا أثر عدم حضور الخصمين أو أحدهما أمامها فى إحدى جلسات الإستماع ، وهلى يحق لها شطب الدعوى فى هذه الحالة أم يتعين عليها الفصل فيها رغم ذلك . وفى الحالة الأولى ، هل يحق للخصوم السير فيها من جديد أم لا ، وفى حالة الإيجاب ما هى المدة التى يحق لهم فيها ذلك .

ويبين لنا ذات القانون حكم الحالة التى يتوفى فيها أحد الخصوم أو يفقد أهليته أو تزول صفة من كان يمثله ، وهل ينقطع سير الخصومة من عدمه ، وما هو مصير الأحكام السابق صدورها قبل الحكم بالإنقطاع ، كذا ما هو جزاء السير فى الإجراءات رغم تحقق سبب الإنقطاع . ويحدد لنا أيضاً من عليه عبء تعجيلها والأجل الذى يجب أن يتم فيه هذا الإجراء وجزاء فواته دون اتخاذه ، كذا لمن توجه الخصومة بعد تعجيلها ويحدد لنا قانون الإجراءات أيضاً مدى جواز ترك الخصومة أمام محكمة التحكيم وما هو الشكل الذى يجب أن يتخذه هذا الأمر ، وما هو الأثر المترتب عليه بالنسبة لسلطة هذه المحكمة (١٠٣) .

الإثبات :

ويبين لنا القانون المتقدم هل يتم اتخاذ إجراءات الإثبات بناء على قرار أم حكم . كذلك هل يلزم قيام المحكمة باتخاذها وهى بالكامل تشكيلها أم يجوز لها تفويض أحد الأعضاء باتخاذها (١٠٤) . أما محل الإثبات فيخضع للقانون الذى يحكم الموضوع نظراً للصلة الوثيقة القائمة بين الأمر الأول والحق ذاته (١٠٥) . أما الجوانب الإجرائية للمسألة المتقدمة فتخضع للقانون الذى يحكم الإجراءات فهو الذى يبين لنا الشروط الواجب توافرها فى الواقعة محل الإثبات ، وهل يلزم أن تكون محلاً للنزاع ومحددة منتجة ومقبولة أو يكتفى بتوافر بعض الأمور السابقة (١٠٦) . وعبء الإثبات يخضع لقانون الموضوع ، فهو الذى يحدد لنا الشخص الملتزم بإقامة الدليل على الواقعة المنشئة للحق المدعى بـه (١٠٧) . وكـذلك « إمكانية نقل هذا العبء من عدمه بمقتضى اتفاقات المتعاقدين » (١٠٨) . ويحكم قانون الموضوع أيضاً القرائن القانونية ، فهو الذى يبين لنا شروط اعمال القرينة وقوتها ، بمعنى هل هى قاطعة بحيث لا تقبل إثبات العكس أم أنها بسيطة يجوز إثبات عكسها (١٠٩) . أما مسألة مدى لزوم الدليل الكتابى لإثبات عقد الضمان فتدخل فى فكرة شكل التصرف ، وبهذه المثابة تخضع للقانون الذى يحكم الشكل (١١٠) . أما عن إمكان إثبات العقد المتقدم بطرق الإثبات الأخرى كالبينة أو اليمين ، فمن المتصور أن تخضع للقانون الذى يحكم الإجراءات ومع ذلك نرى وجوب إخضاعها للقانون الذى يحكم الموضوع . وبهذه المثابة فهذا الأخير هو الذى يحدد لنا ما إذا كان الدليل قاطعاً أم يؤخذ به على سبيل الإستدلال وهو الذى يبين ما إذا كان الجائز نقض الدليل بدليل آخر ، وما إذا كان من الجائز الإعتداد بالمحرر كمبدأ ثبوت إن لم يكن دليلاً كتابياً كاملاً » (١١٢) . وتبقى مسألة أخيرة فى هذا الصدد ألا وهى إجراءات تقديم الدليل لمحكمة التحكيم . والثابت أن الإتفاقية وعقود الضمان لم تتصد لبيانها ، وعلى هذا الأساس ، يرجع بشأنها للقانون الذى يحكم الإجراءات وهذا النظر يتفق مع الفقه السائد (١١٣) .

ثالثاً : الحكم وآثاره :

تنص المادة ٤/١/ز من الإتفاقية على أنه :

« تسمح محكمة التحكيم .... وتصدر قراراتها بأغلبية الأصوات متضمنة أسباب كل قرار ويجب أن يكون القرار موقعاً من أغلبية أعضاء المحكمة على الأقل ...»(١١٤) . لم يبين الملحق أو عقود الضمان حكم المرحلة السابقة على إصدار الحكم والمدة التى يجب أن يصدر فيها . وعلى هذا الأساس يتصدى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لبيان الأمور المتقدمة . فمن ناحية أولى ، يبين لنا القانون المتقدم الكيفية التى تتم بها المداولة وهل من اللازم أن تكون سرية من عدمه (١١٥) ، وما هو الجزاء المترتب على مخالفة الحكم السابق . ومن ناحية ثانية ، لم تبين لنا المصادر السابقة الميعاد الذى يجب أن يصدر فيه الحكم (١١٦) ، وذلك على خلاف حالة المفاوضات والتوفيق ، حيث بينت لنا أحكام الميعاد الذى يجب فيه إتمام أى من الإجرائين السابقين . ولا يتصور ألا يكون هناك ميعاد لإنجاز هذا الأمر .

وعلى هذا الأساس ، **فالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات** ، هو الذى يبين لنا ميعاد إصدار الحكم ، والوقت الذى يبدأ فيه سريان هذا الميعاد والوقت الذى ينقص فيه . كذا الأسباب التى من شأنها وقفه أو انقطاعه (١١٧) . وفضلاً عن

ذلك يحدد لنا ذات القانون مدى إمكان امتداد الميعاد السابق ، وفى حالة الإيجاب الحالات التى يجوز فيها ذلك ، والمدة الجديدة التى يجب أن يصدر الحكم فيها ، وهل هى ذات المدة القديمة أم تختلف عنها ، وعدد المرات التى يمتد فيها هذا الميعاد . وفى حالة النفى ، يبين لنا هذا القانون حكم الحالة التى يصدر فيها الحكم بعد الميعاد . وهل يكون عديم الأثر قانوناً ، أم يمكن أن ينتج آثاره بشروط معينة . وأياً ما كان الأمر ، فقد استلزم الملحق وعقود الضمان أن يصدر الحكم بأغلبية الأصوات [١١٨] . فإذا انقسمت الآراء بحيث لم تتوافر الأغلبية المطلوبة ، فهنا يؤخذ برأى رئيس محكمة التحكيم إعمالاً لنص المادة ٤/١/١ من الملحق .

مشتملات الحكم :

أ – يجب أن يتضمن الحكم الأسباب التى بنى عليها [١١٩] . وعلى هذا الأساس يجب أن يشتمل الحكم على سرد لوقائع الخصومة والهدف من ذلك التحقق من أن المحكمين قد اطلعوا على وقائع النزاع المطروح عليهم ، كذا المستندات التى قدمها الخصوم لهم ، وأن علمهم قد اتصل بجميع ما قدمه الخصوم من طلبات ودفوع [١٢٠] . ويجب أن يتضمن الحكم أيضاً ما يثبت استخلاص المحكمة المتقدمة للصحيح الثابت من الوقائع ، وذلك فى ضوء ما قدم إليها من مستندات وما يقرره القانون المختص فى هذا الصدد [١٢١] . وأخيراً يجب أن يتضمن الحكم تكييف الوقائع محل النزاع وبيان الأساس القانونى للحكم الذى انتهت إليه هذه المحكمة [١٢٢] . ولعل التوفيق قد أصاب البعض حيث قرر فى هذا الصدد « أن القضاء المسبب هو مظهر قيام القاضى بما عليه من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التى يشف عنها الحكم وبه وحده يسلم من مظنة التحكم والإستبداد ويرتفع عنه الشك والريب والشبهات » [١٢٣] . والحقيقة المتقدمة تصدق بالنسبة لأحكام المحكمين شأنها فى ذلك شأن الأحكام القضائية [١٢٤] . فالحكم هو عنوان الحقيقة سواء صدر عن القضاء العام أو القضاء الخاص وبهذه المثابة يجب أن يحاط بالضمانات الكافية والتى من شأنها بعث الثقة والإطمئنان فى نفوس المتقاضين . ولعل التسبيب هو خير وسيلة للوصول للغاية المتقدمة . وتجدر الإشارة إلى أن لفظة الأسباب قد جاءت مطلقة الأمر الذى يحمل على الإعتقاد إمكان ذكر أو تضمين الحكم الأسباب الإنفرادية أو المعارضة لبعض المحكمين . وبهذه المثابة يجوز لأى من المحكمين أن يثبت رأيه المعارض سواء انصبت المعارضة على الأسباب أو المنطوق أو الإثنان معاً . فقد يرى المحكم المخالف أن منطوق الحكم سليم ولكن يمكن حمله على أسباب أخرى ولا يوجد ثمة مانع من قيامه بإثبات الأسباب التى يراها قادرة على حمل هذا المنطوق حتى لو خالف أسباب الحكم . وقد يرى هذا المحكم عدم سلامة المنطوق ، فيحق له ذكر المنطوق الذى يراه سليماً فى هذا الصدد والأسباب التى يمكن حمله عليها [١٢٥] .

ولا شك أن الأخذ بالنظر المتقدم من شأنه تحقيق عدة فوائد : فمن ناحية أولى ، يؤدى ذلك إلى احترام رأى المحكم المخالف لما انتهت إليه الأغلبية والقول بغير ذلك يترتب عليه أن ينسب لهذا المحكم « رأياً لم يقل به بل يعارضه » [١٢٦] وهذا غير مقبول . ومن ناحية ثانية ، فإن ذكر الرأى المخالف لا يعد أمراً متعلقاً بالحكم فحسب ، ولكنه يمس النظام القانونى المعنى . فمن شأن هذا الرأى أن يساعد فى تطوير هذا النظام

وتقدمه ، فقد أثبتت التجربة أن السماح للأقلية بالتعبير عن وجهة نظرها علناً قد أدى إلى تحسن ملموس فى صياغة الأحكام . إذ أن الأقلية تحرض على تبرير موقفها بطريقة علمية متينة » [١٢٧] . ومن شأن هذا الخلاف إثراء النظام القانونى المعنى وبيان أوجه القصور فيه الأمر الذى يدفع المشرع إلى تعديله [١٢٨] كما يحفز الخصوم إلى احسان صياغة علاقتهم محل البحث فى المستقبل . ويتأكد لنا سلامة هذا النظر إذ علمنا بأن النظام القانونى لعقود الضمان ما زال فى طور انحداثة . ومن ناحية ثالثة ، فإن الأخذ بالنظام المتقدم يؤدى إلى التمييز بين الأحكام القوية وتلك الضعيفة . وإذا كنا نسلم من البداية بأن الحكمين كليهما يتمتع بحجية الشيء المحكوم فيه ، إلا أن الأحكام الصادرة بالإجماع تعتبر أحكاماً قوية ، بحيث يمكن القول بأنها ترسى مبادىء قانونية ويتعين الإلتزام بها فى المستقبل عندما تعرض حالات مماثلة وذلك على خلاف الحال بالنسبة للأحكام الصادرة بالأغلبية والتى ستكون أقل قوة [١٢٩] .

ب – وفضلاً عن الأسباب فيجب أن يتضمن الحكم توقيع أغلبية أعضاء المحكمة [١٣٠] ولا مندوحة إن وقع على الحكم جميع المحكمين الذين أصدروه . حيث أن النص المتقدم يقرر الحد الأدنى والذى ينبغى عدم النزول عنه ولكن ذلك لا يحول دون تجاوزه إن أمكن . وبهذه المثابة إن كانت المحكمة مشكلة من ثلاث محكمين كما هو الوضع المعتاد فيجب أن يوقع عليه اثنان على الأقل أما إذا كانت المحكمة مشكلة من محكم واحد فيجب أن يوقع عليه الأخير وإلا كان ذلك مخالفاً للنص السابق . والراجح ألا يمتنع أى من المحكمين عن التوقيع على الحكم سيما بعد أن قررنا حق المحكم ذى الراى المخالف فى إثبات رأيه بعد الحكم الأصلى ، حيث يزول السبب الدافع لذلك [١٣١] .

جـ – وفى نهاية الأمر ، يجب أن ينتهى الحكم بالمنطوق ، وهذا هو المستفاد من المادة ٤/١/ز سالفة الذكر . وهذا البيان بديهى . حيث لا جدوى من حكم لم يقض بشيء . وقد يكون المنطوق صريحاً ، ويمكن أن يكون ضمنياً ، « كأن يسرر المحكم (أو المحكمون) جميع طلبات المدعى (طالب التحكيم) ثم يذكر أنه قد حكم له بجميع طلباته » [١٣٢] .

هذه هى البيانات التى يتطلب الملحق وعقود الضمان المختلفة توافرها فى الحكم . ومع ذلك يحق للمستثمر المضمون والمؤسسة أن يتطلبا توافر ثمة بيانات أخرى فيه ، إذا اتفقا على ذلك فى الشروط الخاصة لعقد الضمان . أما إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق ، **فالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات** هو الذى يبين لنا مدى لزوم ذكر مكان صدور الحكم [١٣٣] ، وتاريخه [١٣٤] وأسماء الخصوم وصفاتهم وموطنهم ومن باشر الإجراءات عنهم [١٣٥] . وأسماء المحكمين الذين أصدروه من عدمه [١٣٦] .

كذا هل يلزم صدور هذا الحكم باسم السلطة العليا فى دولة ما ، أم ان ذلك غير ضرورى ولا يؤثر على سلامته [١٣٧] .

ويحدد لنا ذات القانون إجراءات النطق به وهل يلزم أن تكون علنية أم يمكن أن تكون سرية [١٣٨] ، كذا اللغة التى يجب أن يكتب بها الحكم ، وهل يلزم أن تكون العربية أم يمكن أن تكون لغة أجنبية [١٣٩] . كذلك يحدد لنا ذات القانون حكم الحالة التى يخلو فيها الحكم المعنى من الأسباب ، وهل يترتب على ذلك بطلان الحكم أو انعدامه أو قابليته للإبطال [١٤٠] . ومن هو صاحب الصفة فى التمسك بذلك ، وهل يقتصر الأمر على المحكوم عليه وخلفه العام

ودائنيه أم يمتد ليشمل أيضاً من صدر الحكم لصالحه . ويبين لنا ذات القانون حكم الحالة التى يتضمن فيها ذكر لوقائع محرفة وذلك على خلاف ما هو ثابت فى الأوراق (١٤١) ، والحالة التى تتناقض فيها أسباب الحكم بعضها مع البعض الآخر (١٤٢) . أو مع المنطوق (١٤٣) . ويتصدى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لبيان حكم الحالة التى تتناقض فيها عناصر المنطوق بعضها مع البعض الآخر (١٤٤) ، كذا أثر التزيد فى الأسباب على سلامة الحكم (١٤٥) ، ويحدد لنا ذات القانون ، هل يلزم أن ترد المحكمة على كافة أوجه دفاع ودفوع الخصوم أم أن ذلك مقصور على الجوهرى منها (١٤٦) . وماهية هذه الأخيرة وإذا ما قضت المحكمة بأكثر مما طلبه الخصوم . فالقانون المتقدم هو الذى يبين لنا أثر ذلك على سلامة الحكم (١٤٨) ، وهل يمكن تكملته بالرجوع إلى أوراق الدعوى وما نطاق ذلك (١٤٩) .

وأياً ما كان الأمر ، فالملاحظ أن الملحق لم يتطلب إيداع مسودة الحكم لدى المؤسسة (١٥٠) . وإنما اكتفى بوجوب تسليم الخصوم صورة منه (١٥١) وذلك فور صدوره ودون أن يتوقف الأمر على موافقة أى جهة إدارية فى المؤسسة عليه (١٥٢) .

وإذا كانت محكمة التحكيم هى المختصة بالفصل فى الخصومة فهى صاحبة الولاية فى المنازعات المتعلقة بالمصاريف والأتعاب وفى هذا الصدد تذهب المادة ٤١/ح إلى أنه « يحدد الأطراف مقدار أتعاب المحكمين ، فإذا لم يتفق على مقدار تلك الأتعاب قبل انعقاد محكمة التحكيم قامت المحكمة بتحديد المقدار المعقول لها فى ضوء الظروف كما تحدد المحكمة أتعاب الأشخاص الآخرين الذين يكلفون بأعمال أو إجراءات متعلقة بالتحكيم . ويتحمل كل طرف مصاريفه فى إجراءات التحكيم بينما يتقاسم الأطراف بالتساوى مصاريف محكمة التحكيم . وتفصل المحكمة فى أية مسألة تتعلق بتقسيم مصاريف التحكيم أو إجراءات دفع هذه المصاريف (١٥٣) . فمحكمة التحكيم هى التى تقوم بتقدير أتعاب أعضائها وهذا مالم يتفق الأطراف عليها قبل انعقاد المحكمة وهذا المبدأ معمول به فى النطاق الدولى والداخلى (١٥٤) .

وتراعى المحكمة المتقدمة عند تقرير أتعاب أعضائها أهمية النزاع والعناية الخاصة التى أولتها إياه والزمن الذى استغرقه الفصل فيه وأخيراً مركز الخصوم من الثروة (١٥٥) . ومن ناحية ثانية تقوم المحكمة المتقدمة بتقدير أتعاب الأشخاص الذين يكلفون بأعمال وإجراءات متعلقة بالتحكيم ومثال ذلك الخبراء . ويراعى عند تقدير أتعاب هذه الفئة أهمية النزاع والجهد المبذول منهم والفائدة التى عادت على الخصوم من جهدهم (١٥٦) . ويتحمل كل طرف مصاريفه فى إجراءات التحكيم ، بينما تتقاسم الأطراف بالتساوى مصاريف هيئة التحكيم (م ٤/١/ح من الملحق) (١٥٧) .

استنفاذ محكمة التحكيم لولايتها :

إذا ما أصدرت محكمة التحكيم حكمها ، فلا يجوز لها إعادة النظر فيه نظراً لخروج النزاع عن ولايتها (١٥٨) . وهذا الحكم مستفاد ضمناً من المادة ٤/٣ من الملحق ، فهذه الأخيرة تفيد مناط حق الخصوم فى الرجوع إليها ، الأمر الذى يعنى استنفاذ ولايتها بصدد المنازعة التى فصلت فيها . وأساس هذه الفكرة ، أن محكمة التحكيم بعد أن تتصدى للفصل فى الخصومة المطروحة عليها تستنفذ صفتها المتقدمة ، وبهذه المثابة ،

لا يحق لها الفصل فيها من جديد (١٥٩) . ومن ناحية ثانية . « فإن استقرار مراكز الخصوم يقتضى عدم ممارسة هذه المحكمة لوظيفتها إلا مرة واحدة ، لأن ذلك يؤدى إلى تطبيق القانون بأقل الوسائل ، الأمر الذى يحقق لنا أفضل النتائج بأقل نشاط . هذا إلى أن معاودة الفصل فى النزاع يؤدى فى بعض الفروض إلى تصحيح أخطاء سابقة قد وقعت فيها المحكمة ، ولكن الثابت أن مثل هذا النظر من شأنه التضحية بهدف أكبر وهو استقرار المراكز القانونية للخصوم وهذا غير جائز (١٦١) . وفضلاً عما تقدم لا يجوز للمحكمة المتقدمة أن تنصب نفسها حكماً على ما أصدرته من أحكام فتعاود النظر فيها بهدف إلغائها أو تعديلها (١٦٢) . وإعمالاً للمبدأ المتقدم ، لا يجوز لمحكمة التحكيم « الإحتفاظ نفسها بحق الرجوع إلى تعديل الحكم إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما أنها لا تملك الحكم فى الدعوى بالحالة التى هى عليها مع إعطاء المدين الحق فى الرجوع إليها لتعديل الحكم أو إلغاؤه إذا إذا ما عثر على دليل يفيد براءة ذمته » (١٦٣) . والسلطة التى تستنفذها محكمة التحكيم » إنما تتعلق بالقرارات القطعية الصادرة منها فى خصومة منعقدة والتى تتخذ شكل الحكم .

« فهناك عدة شروط من الواجب توافرها فى العمل المستنفذ لولاية المحكمة المتقدمة (١٦٤) . فمن ناحية أولى ، يجب أن يصدر القرار المعنى فى خصومة منعقدة ، سواء تعلق القرار بالحق محل النزاع أو بالإجراءات (١٦٥) . وبهذه المثابة فإن القرارات ، الصادرة من محكمة التحكيم المتعلقة بتحديد زمان ومكان انعقاد محكمة التحكيم وتأجيل نظر الدعوى (النزاع) للإطلاع والإستعداد ، فكافة هذه القرارات لا تعتبر أحكاما تستنفد بها محكمة التحكيم ولايتها . ومن ناحية ثانية ، يجب أن يتخذ هذا القرار شكل حكم على النحو الذى رسمه ملحق تسوية المنازعات (١٦٦) ، أو بعبارة أخرى يجب أن ينصب هذا القرار فى وثيقة مكتوبة تشمل على البيانات المقررة فى الملحق كوقائع وأسباب الحكم وتوقيع أغلبية أعضاء المحكمة فضلاً عن المنطوق سواء كان صريحاً أو ضمنياً . فبغير هذه الوثيقة لا يوجد حكم .

ومن ناحية ثالثة ، يجب أن يتضمن هذا القرار قضاء قطعياً (١٦٧) ، أى « قاطعاً بصفة حاسمة للنزاع حولة المسألة التى فصل فيها » وبهذه المثابة فالقرارات الصادرة من محكمة التحكيم والتى تستهدف إعداد الخصومة للفصل فيها » مثال القرار الصادر منها بسماع شهادة أشخاص معينين ، فكافة هذه القرارات لا تستنفد ولاية المحكمة المتقدمة ، حيث أنها لم تباشرها بعد . فالأحكام التى تصدر عن محكمة التحكيم ليست كلها أحكاماً قطعية ، فمنها ما لا يعد كذلك وبالتالى لا يستنفذ ولايتها (١٦٩) وهذا يدعونا إلى تحديد مفهوم الحكم القطعى فى هذا الخصوص . ويقصد بالقطعية هنا الحسم الملزم الذى لا رجوع فيه لمسألة كانت محلاً للمنازعة بين الخصوم (١٧٠) وعلى هذا الأساس فالحكم الذى لا يتضمن حسماً لنزاع أو حلاً لخلاف بين المؤسسة والمستثمر المضمون لا يعد من قبيل الأحكام القطعية التى تستنفذ ولاية المحكمة المتقدمة (١٧١) .

ويلاحظ أن موضوع الحكم القطعى قد يكون الخصومة الأصلية أو مسألة متفرعة عنها (١٧٢) ، ما دامت داخلة فى ولاية محكمة التحكيم . وفى الفرض الأخير ، فان المحكمة المتقدمة تستنفذ ولايتها بالنسبة للمسألة التى فصلت فيها دون

النزاع الأصلى والتى تحتفظ بولايتها كاملة عليه . وأياً ما كان الأمر ، فان الحكم القطعى قد يرد فى صورة صريحة ، أو ضمنية . وفى الحالة الأولى يذكر مضمون فى المنطوق وفى الحالة الثانية يستفاد مضمونه من مكونات الحكم رغم انتقاء الشكل الصريح (١٧٣) . وقد عبر البعض عن الحقيقة المتقدمة مقرراً بان الحكم الضمنى هو « النتيجة الحتمية للحكم الصريح (١٧٤) » فالحكم بندب خبير لتقدير التعويض المستحق على المدعى (١٧٥) .

فالحكم الصريح والضمنى أياً منهما فمن شأنه استنفاذ ولاية المحكمة وبهذه المثابة يمتنع عليها العودة إليه بالتعديل أو الإلغاء (١٧٦) . أما إذا كان الحكم غير حاسم لأى مسألة محل نزاع ، فلا يعدو أن يكون حكماً تمهيدياً يحق للمحكمة المتقدمة العدول عنه وإلغاؤه ، حيث أن إصداره لا يستنفذ ولايتها فى هذا الصدد (١٧٧) .

تفسير الحكم :

تنص المادة ٣/٤ من الملحق على حق الخصوم فى الرجوع إلى محكمة التحكيم بطلب تفسير الحكم حيث تقرر أن « أية منازعة حول تفسير قرار محكمة التحكيم فى نزاع معين يجب أن ترفع خلال ثلاثة شهور من صدور هذا القرار إلى المحكمة التى أصدرته وذلك بناء على طلب يقدمه أى طرف فى النزاع الأصلى إلى المحكم المرجح الذى يتعين عليه عندئذ دعوة المحكمة بهيئتها السابقة إلى الإنعقاد خلال شهرين من تقديم الطلب فإذا تعذر انعقاد المحكمة بهذه الطريقة تعين تشكيل محكمة جديدة طبقاً للإجراءات المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من هذه المادة » ويكون للمحكمة فى هذه الحالات أن تصدر قراراً بوقف تنفيذ القرار السابق إلى حين البت فى الطلب الجديد » .

وحق المحكمة فى تفسير الحكم الصادر عنها ليس من شأنه إهدار مبدأ استنفاذ الولاية (١٧٨) ، حيث يقتصر دورها هنا على تحديد مضمون هذا الحكم الغامض ، ولا يحق لها تحت ستار التفسير المساس بما سبقت أن قضت به بالتعديل أو الإلغاء : فمن ناحية أولى ، يشترط لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم المعنى غامضاً أو به لبس لا يمكن معه الوقوف على حقيقة ما قصدته المحكمة ، وأن يكون الغموض وارداً فى عبارات المنطوق وليس بالأسباب (١٧٩) . وعلى هذا الأساس يحق للمحكمة أن ترفض طلب التفسير إذا ما استبان لها أن حكمها واضح وليس به أى غموض أو لبس ، أو إذا كان الغموض متعلقاً بالأسباب وليس منطوق ، والذى يتم التنفيذ وفقاً له ، فالتفسير ليس وسيلة للمنازعة فى الأمور التى حسمها الحكم من قبل (١٨٠) . ومن ناحية ثانية ، فيجب على المحكمة المعنية أن تقوم بتفسير الحكم المنعى عليه غموضه ، وذلك ببيان حقيقة قضائها ، بحيث يزول اللبس عنه ، ويجب ألا تتعدى مهمتها هذا الأمر ، وبهذه المثابة لا يجوز لها أن تلغى ما سبق أن قضت به ، سواء كان ذلك إلغاءً كلياً أو جزئياً ، كما لا يجوز لها أن تلزم أحد الخصوم بما لم يلزم به فى الحكم الأصلى محل التفسير (١٨١) . ويجب أن يرفع طلب التفسير إلى المحكم المرجح فى خلال ثلاثة أشهر من صدور الحكم الأصلى ، فإذا انقضى هذا الميعاد فلا يحق للخصوم طلب تفسير هذا الحكم من المحكمة المتقدمة ، ولكن ذلك لا يحول دون اللجوء إلى المحكمة الوطنية المختصة بالطلب المتقدم ان كان قانونها يجيز لها ذلك . وإذا ما رفع الطلب فى الميعاد المتقدم ، فيجب على الحكم المرجح دعوة محكمة التحكيم الأصلية إلى

الإنعقاد فى خلال شهرين من تاريخ تقديم الطلب الأصلى لتفسير الحكم المعنى ، وإذا تعذر تكوين المحكمة المتقدمة ، فهنا يتعين إعادة تكوين هذه المحكمة وفقاً المادة ١/١/٤ من الملحق المتقدم وذلك في الميعاد السابق بيانه . وعلى أى حال ، فإذا انعقدت المحكمة المختصة فى الأجل المقرر ، فيجب عليها دعوة الخصوم للحضور أمامها حيث يقوم طالب التفسير ببيان العبارات الغامضة التى يريد تفسيرها ، كما يقوم خصمه ببيان وجهة نظره فى هذا الصدد (١٨٢) . وعلى أثر ذلك تصدر المحكمة المتقدمة حكمها التفسيرى ، وتذهب بعض النظم إلى التأثير بالتفسير على هامش الحكم الأصلى (١٨٣) ، ونرى إمكان الأخذ بهذا النظر فى نطاق محكمة المؤسسة . ويحق للمحكمة المتقدمة أن تصدر حكمها التفسيرى فى وثيقة مستقلة أو إلحاقاً بالحكم الأصلى ، وعلى أى حال ،

فالثابت أن الحكم المتقدم متمم للحكم الأصلى وجزء لا يتجزأ عنه (١٨٤) .

تصحيح الحكم :

وقياساً على الحالة المتقدمة ، نرى أنه يحق للخصوم اللجوء إلى المحكمة المتقدمة بطلب تصحيح الأخطاء المادية التى عسي أن تكون قد لحقت بالحكم الصادر عنها (١٨٥) . وليس فى ذلك إهدار لمبدأ استنفاد الولاية ، حيث يقتصر دور المحكمة هنا على تصحيح الأخطاء المتقدمة وذلك دون مساس بالحكم المعنى (١٨٦) . وبهذه المثابة لا يجوز للمحكمة المتقدمة - تحت ستار التصحيح - أن تغير منطوق الحكم بما يناقضه (١٨٧) ويحسن أن يكون طلب التصحيح فى خلال ذلك الأجل الذى يجوز فيه طلب التفسير ألا وهو ثلاث أشهر من تاريخ صدور الد[illegible] ، شريطة ألا يكون التنفيذ قد تم بعد ، حيث يعتبر ذلك رضاءً عن الحكم بحالته ويمتنع على الخصم الرجوع إلى المحكمة بطلب تصحيح ، ما دام أن ذلك قد تم برضاه (١٨٨) ونرى أنه لا يجوز للمحكمة المتقدمة أن تقوم بتصحيح هذه الأخطاء إلا بعد تكليف الخصوم بالحضور أمامها ، حيث يقومون بإبداء وجهة نظرهم فى هذا الصدد . وعلى أثر ذلك تقوم هذه المحكمة بتصحيح العبارات المغلوطة الواردة في الحكم . ويتم إلحاق التصحيح بالحكم الأصلى ويأخذ ذات قوته ، ويحسن أن يؤشر بذلك على الحكم الأصلى (١٨٩) .

طلب الفصل فى الطلبات المغفلة :

فضلاً عما تقدم يحق لذات الخصوم اللجوء للمحكمة المتقدمة بطلب الفصل في بعض الطلبات التى أغفلتها (١٩٠) ، وليس فى ذلك إهدار لمبدأ استنفاد المحكمة لولايتها ، حيث يتعلق الأمر بأمور لم تفصل فيها هذه المحكمة ومن ثم لم تستنفد ولايتها بشأنها . ولا يحق إعمال الحق المتقدم إلا إذا تعلق الأمر بإغفال كلى للطلب حتى (١٩١) ، وألا يوجد فى الحكم ما يفيد رفض المحكمة المتقدمة لهذا الطلب صراحة كان ذلك أو ضمناً (١٩٢) . ويجوز استعمال هذا الحق فى أى وقت ، فإذا كان للخصوم حق اللجوء للتحكيم فى أى وقت لطلب تسوية منازعة ما ، فإن هذا الحق ممتد للحالة الماثلة ، والتى تغفل فيها المحكمة الفصل فى بعض الطلبات . وعلى أى حال ، فيجب الفصل فى الأمر بعد تكوين المحكمة وفقاً لذات الأوضاع التى قررتها م ٣/٤ من الملحق ، وبعد أن يتم إخطار الخصم الآخر ، حتى يتمكن من المثول أمامها وإبداء وجهة نظره في الأمر (١٩٣) . نخلص مما تقدم . إلى أنه يجوز للخصم اللجوء لذات المحكمة بطلب تفسير الحكم إعمالاً لأحكام

الملحق ، كما يحق له اللجوء إليها بطلب تصحيح الأخطاء المادية التي لحقت به ، وبطلب الفصل فيما أغفلت الفصل فيه ، كل ذلك بالشروط التي بيناها آنفاً . كما انتهينا أن ذلك لا ينطوى على إهدار لمبدأ استنفاذ المحكمة لولايتها . وإذ نفرغ من بحث الأثر السلبي للحكم ، نرى من الملائم أن نتعرض في هذا المقام لمسألة تتصل به إتصالاً وثيقاً وهي نهائية الحكم وعدم جواز الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن .

الطعن في الحكم :

نصت م ١/٤/ ز من الملحق على أنه ..... ويعتبر قرار المحكمة نهائياً وملزماً للأطراف .... ولا يجوز الطعن في قرار التحكيم أو طلب إعادة النظر [١٩٤] وعلى هذا الأساس ، لا يجوز للخصوم أن يرفعوا دعوى بطلب إبطال الحكم المتقدم ، أو أن يقوموا باستئنافه أو بطلب إعادة النظر فيه أمام القضاء الوطني .

لا صعوبة في الأمر إذا ما قام الخصوم بالإمتثال للحكم المتقدم وذلك عن طريق تنفيذ ما يمليه عليهم في هذا الصدد . ولكن ما الحكم إذا لم يحترم أحد الخصوم أو كلاهما الحكم السابق حيث قام بالطعن عليه أمام القضاء الوطني لإحدى الدول . إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التفرقة بين فرضين : الفرض الأول ، وفيه يقوم المحكوم ضده ، بالطعن على الحكم المتقدم أمام محكمة وطنية لدولة متعاقدة ، وتعتبر فيها الإتفاقية جزء من قانونها الداخلي . هنا سوف تحكم هذه المحكمة بعدم جواز الطعن في الحكم المتقدم امتثالاً لأحكام الإتفاقية . الفرض الثاني ، وفيه يقوم المحكوم ضده بالطعن في الحكم السابق أمام محكمة تابعة لدولة غير متعاقدة . هنا سوف تتصدى هذه المحكمة للفصل في هذا الطعن إذا كان قانونها يجيز لها ذلك [١٩٥] . وعلى أساس ما تقدم . صح لنا أن نص الإتفاقية (الملحق) والذى يمنع الطعن في الحكم التحكيمي لن يحول دون الطعن فيه . وإزاء ذلك ، فكان من الأوفق أن يجيز الملحق وعقود الضمان الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة التحكيم [١٩٦] ، لما ينطوى عليه ذلك من استجابة للأوضاع القانونية السائدة في النظم الداخلية ، فضلاً عما يؤدى إليه من تحقيق العدالة ، هذا إلى أن ذلك النظر يتفق مع العمل الدولي السائد في هذا الصدد . فمن ناحية أولى ، فحرمان الخصوم من الطعن في أحكام المؤسسة سيما بطريق إعادة النظر يجافي العدالة . فمن المتصور أن يصدر حكم محكمة التحكيم بناء على غش من أحد الخصوم أو بناء على سند ثبت تزويره فيما بعد . فمثل هذه الظروف تبرر إعطاء المحكوم عليه حق الطعن في هذا الحكم بالطريق السابق توصلاً لتصحيح هذا القضاء الخاطيء [١٩٧] . ومن ناحية ثانية فقد جرى العمل الدولي على تحويل المحكوم عليه حق الطعن في أحكام المحكمين وذلك عن طريق دعوى البطلان الأصلية وبطريق إعادة النظر ويمكن أن نجد هذا النظر في الإتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار [١٩٨] . وفي اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ أيضاً (م ٢٥) . وعلى هذا الأساس نرى وجوب تعديل أحكام الإتفاقية والملحق على النحو الذى يجوز معه الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة التحكيم وذلك عن طريق إعادة النظر [١٩٩] ، في الأحوال الآتية [٢٠٠] :

إذا وقع من الخصوم غش كان من شأنه التأثير في الحكم [٢٠١] .

٢ - إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها [٢٠٢] .

٣ - إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة .

٤ - إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الخصومة كان خصمه قد حال دون تقديمها (٢٠٣) ، (٢٠٤) .

ونرى إجازة رفع الطعن بالطريق السابق فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بتحقق سبب الإلتماس ، على أن يكون قد مر على صدور الحكم مدة تزيد عن ثلاث سنوات ، وذلك حرصاً على استقرار أحكام محكمة التحكيم (٢٠٥) .

ومن الخير أيضاً إجازة الطعن فى أحكام محكمة التحكيم بالبطلان (٢٠٦) ، امتثالاً للسائد فى العمل الدولى وتحقيقاً للعدالة (٢٠٧) ، فمن المتصور أن يكون الحكم معيباً لمخالفته لأحكام الملحق والقانون الإجرائى الواجب التطبيق ، وبهذه المثابة يتعين تقرير حق المحكوم عليه فى الطعن فيه بالبطلان وذلك إذا توافرت أحد الأسباب الآتية :

١ - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم مخالفاً للملحق أو القانون الإجرائى المختص (٢٠٨) .

٢ - إذا تجاوزت المحكمة حدود سلطتها (٢٠٩) .

٣ - إذا حكمت المحكمة بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه (٢١٠) .

٤ - إذا ما ثبت أن أحد أعضاء المحكمة كان متواطأ مع الخصم الآخر (٢١١) .

٥ - إذا كان الحكم معيباً أو مبنياً على إجراء جوهرى معيب (٢١٢) وفقاً للإتفاقية وملحقها والقانون الإجرائى المختص .

ونرى إجازة الطعن بالطريق المتقدم فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ النطق بالحكم ، قياساً على الحالة التى يلجأ فيها المحكوم له أو عليه بطلب إلى محكمة التحكيم لتفسيره . هذا ما لم يتعلق الأمر باكتشاف تواطؤ أحد أعضاء المحكمة مع خصم ، حيث يبدأ سريان الميعاد المتقدم من تاريخ اكتشاف ذلك ، شريطة ألا يكون قد فات على صدور الحكم مدة تزيد عن ثلاثة سنوات ، حرصاً على استقرار أحكام محكمة التحكيم (٢١٣) .

خلاصة :

بينا فيما تقدم المراحل التى تمر بها خصومة التحكيم منذ اختيار المحكمين حتى الفصل فيها . كما بينا الأثر المترتب على صدور الحكم من محكمة التحكيم ألا وهو استنفادها لولايتها ، بحيث يمتنع على الخصوم الرجوع إليها إلا لطلب تفسير الحكم أو تصحيح أخطاءه المادية أو للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات .

إن أول واجبات المحامى أن يتمسك بالأخلاق القويمة ، فالمحاماة عِلم وخلق ، ونجدة وشجاعة ، وثقافة وتفكير ، ودرس وتمحيص ، وبلاغة وتذكير ، ومثابرة وجَلَد ، وثقة فى النفس ، واستقلال فى الحياة ، وأمانة واستقامة ، وإخلاص فى الدفاع .

الأستاذ النقيب الأسبق
عبد الرحمن الرافعى

هوامش

١ – حول الاسباب التى تؤدى لنشأة المنازعات بصدد العقود الدولية بوجه عام ، راجع :
Spofford, op. cit, p. 227

٢ – والحل المتقدم ماخوذ به فى نطاق الجماعات الأوربية فى حالات نظيرة راجع الى ذلك :
kloss, some..., op. cit, p. 183

٣ – والراجح ان المنازعات التى تنشأ بين المؤسسات الدولية والغير والتى تطرح على القضاء الوطنى ، تخضع لقاعدة الاسناد المختصة فى قانون القاضى . ومع ذلك فيمكن ان تخضع للمبادىء العامة للقانون . راجع فى ذلك
salmon, op. cit, p. 138 - 139

٤ – راجع فى تأكيد اهمية التفاوض كسبيل لحل المنازعات الدولية قبل اللجوء الى التحكيم :
Feliciano, op. cit, p. 245; Lawenfeld (A), Diplomatic interventtion in- investment disputes, proceedings of Am. Soc. of I. L61 st onnual meet ing, 1967, April 27 - 29, 1967, p. 100; cohn Rulls. op. cit, p. 138

المواد ٢٨ – ٣٥ من اتفاقية واشنجتون ١٩٦٥ والخاصة بتسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين الاجانب .

Starke. op. cit, p. 403; Shomkhi, op. cit, p. 113

ومع ذلك يذهب البعض الى نقد هذه الوسيلة على اساس افتقادها للقوة الملزمة وللتنظيم الشكلى الذين يمكن ان يكفلا لها النجاح .

Tiewul (s.) Tsegah, A rbitration and the settlement of commercail disputes, I. C. L. Q. Vol. 24, july 1975, p. 393, note 2

٥ – راجع فى المقصود بالمفاوضات بوجه عام : د . محمد طلعت الغنيمى الاحكام .... المرجع السابق ،ص ٩١٣ . على صادق ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٧٣٠ .

٦ – راجع : د . على صادق ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٧٣٠ .

٧ – د . على ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٧٣٠ .

٨ – قارب : Broches, convention ....., op. cit, p. 341

٩ – لمزيد من التفاصيل حول التوفيق راجع :.
د . محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ، ص ٧١٤ .
د . على صادق ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٧٣١ .

Starke, op. cit, p. 405; shamkhi, op. cit, p 115

والثابت ان التوفيق قد لعب دورا كبيرا فى حسم المنازعات فى غرفة التجارة الدولية راجع :
cohn, Rules ....., op. cit, p. 138

١٠ – د . محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ص ٩١٤ .

١١ – فى هذا المعنى : د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

١٢ – وبخصوص الخلاف الفقهى حول الطبيعة التعاقدية والقضائية والمختلطة للتحكيم راجع :
- saad (I.), La sentence arbitrale, these,, paris 1969, p. 32ss; Luz zatto,, op. cit, p. 21, 34, 51-52; sanders, op. cit, p. 234 Fouchard, op. cit, p. 10 - 11

هوامش

وفى الفقه العربى راجع : د . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى اللبنانى (أصول المحاكمات) ١٩٧٥ ، ص ١٠٣ - ١٠٦ ، د . ابو زيد رضوان ، الاسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، ١٩٨١ ، ص ٢٣ - ٣٢ ، د . محمد عبد الخالق عمر ، النظام القضائى المدنى ، ج ١ ط ١٠ ، ١٩٧٦ ، ص ١٠٨ ، د . وجدى راغب ، النظرية العامة للعمل القضائى ، ١٩٧٤ ، ص ٣٨٥ . وجدير بالذكر ان هذا الخلاف قد ادى الى نشأة الكثير من المشاكل الامر الذى دفع الفقه الحديث الى اهمال الخلافات السابقة وعدم الاعتداد بها ، حيث توصل الى ان التحكيم الدولى قد اصبح فى حدود معينة هو القضاء الخاص للتجارة الدولية ، راجع فى ذلك : د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٣٣ وما بعدها .

وقارب : Broches, convention..., op. cit, p. 351ss

١٣ - د . هشام صادق ، النظام ... المرجع السابق ، ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

١٤ - د . هشام صادق ، الموضع السابق . وحول مزايا التحكيم الدولى ، راجع :

Lalive, op. cit, p. 996, 1002; Luzzatto, op. cit, p. 17- 18; Sohn. The fuction of international arbitration today, R.C.A.D.I, 1963. p. 9ss; Spofford, of. cit, f. 151ss; starke of. cit, p. 388

مع ذلك راجع حول مثالب التحكيم :

Sanders, op. cit. p. 217; Cohn op. cit, p. 132-3; kronfol, op. cit. p. 159; Lalive, p. 991

١٥ - د . هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٢٤١ .

١٦ - راجع على سبيل المثال : عقد ضمان مباشر - اكتوبر ١٩٧٦ سالف الذكر .

١٧ - تجدر الاشارة الى ان الاتفاق على التحكيم يرتب اثران : احدهما ايجابى ويتمثل فى حق اطرافه فى اللجوء الى محكمة التحكيم المختصة لتسوية النزاع القائم بينهما . اما الاثر الثانى فهو سلبى للتحكم راجع : استئناف مختلط ، ٣٣/١٢/١٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ، س ٧ ، ع ٣ ، مارس ١٩٣٧ ، ص ٣٧ ؛ تمييز لبنانى ، ١٩٦٤/٩/٢٤ مجموعة جميل باز ، ج ١٢ ، ص ٨٥ .

ويلاحظ ان بعض التشريعات تذهب لاعتبار شرط التحكيم مطلقا بحيث يجب على المحكمة الوطنية المختصة ان تعمله دونما حاجة لتمسك احد الخصوم به . راجع : د . سامية راشد ، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول ، اتفاق التحكيم ، القاهرة ١٩٨٤ ، ص ٤٤٠ ، د . عز الدين عبد الله تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص ، مصر المعاصرة ، ع ٣٧١ ، ص ٥٢ . وعلى العكس من ذلك ، تذهب تشريعات اخرى الى اعتباره تسبيب ، بحيث لا تستطيع المحكمة الوطنية المختصة اعماله الا اذا تمسك به صاحب المصلحة . راجع : استئناف مختلط ١٩١٨/٥/١ ، ١٩٢٥/١/٨ ، ١٩٢٨/١١/٢٧ ، ١٩٣٠/٤/٩ ، ٣٣/١٢/١٣ : محمد عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٤٥ هامش ٤ . وراجع ايضا : تمييز لبنانى ، قرار نهائى ، غرفة اولى ، رقم ١٩٧٤/٥١ شركة كور للانشاء والتعمير ، جميل باز ، خلاصة احكام ١٩٧٤ ، ص ٢٢ .

اما فى مصر ، فقد استقر الرأى على ان اتفاق التحكيم نسبى ويجب التمسك به قبل الكلام فى الموضوع . نقض مدنى ١٩٦٦/٥/٢٤ ، المدونة ، قسم ١٩ ، ق ٨ و ١٩٧٢/٢/١٥ . المرجع السابق ، ق ١١ . وفى تأييد هذا النظر : د . فتحى والى الوسيط .. المرجع السابق ، ص ٩٧٤ . وتذهب بعض الاحكام الى وجوب التمسك به قبل اى دفع شكلى : القاهرة الابتدائية ١٩٥٣/٢/١٦ ، المرجع السابق ، الموضع السابق . مع ذلك قارن : د . احمد ابو الوفا ، عقد التحكيم واجراءاته ، ط ٢ ، ١٩٧٤ ، ص ١٣٨ ، د . محمد عبد

هوامش

الخالق عمر ، النظام القضائي المدنى ج١ ، ١٩٧٦ ، ص ٩٩ ، حيث يران امكان التمسك به فى اية حالة كانت عليها الدعوى حتى امام المحكمة الاستئنافية .

١٨ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ .

١٩ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ - ٨٥ .

٢٠ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٦ - ٨٧ .

٢١ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٩ . وراجع الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٦٣/٥/٧ فى قضية goaset . المرجع السابق ص ٩٢ - ٩٤ ، والأحكام العديدة المشار اليها ص ٩٤ ، كذا حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضايا Impex والصادر فى ١٩٧١/٥/١٨ ، والحكم الصادر فى ١٩٧٢/٧/٤ فى قضية Hecht المرجع السابق ، ص ٩٥ .

٢٢ - د . عز الدين عبد الله ، تنازع ... المقال السابق ، ص ٢٤ .

٢٣ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٢ .

٢٤ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٣ .

٢٥ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٤ .

٢٦ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٥ .

٢٧ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

٢٨ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

٢٩ - وهذا الحل اخذت به اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ . راجع : د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٦ د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ .

٣٠ - راجع :

Abdallah (E.),, La convention de la ligue arab sur l'execution des gugments . Etudes comparative du droit conventionnel compare avec le droit interne . R.C.A.D.I., Vol. 138, 1973. I,p. 578 elles prevoient toutes que la capacite déxercicest soumise a' la loi nationale en tant que loi personnelle .

٣١ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٤ - ٣٥ .

٣٢ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

٣٣ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

٣٤ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

٣٥ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٨ . حيث يشير الى «فوشار» .

٣٦ - راجع : د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٩ .

٣٧ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

٣٨ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٦ .

٣٩ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٧ .

هوامش

٤٠ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٧ .

٤١ - معروضا فى د . صلاح المقدم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٢ - ٤٣٣ .

٤٢ - معروضا فى د . صلاح المقدم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٣ .

٤٣ - معروضا فى د . صلاح المقدم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٤ .

٤٤ - راجع : د . سامية راشد المرجع السابق ، ص ٤٢٩ .

٤٥ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ص ٤٢٩ . وراجع ايضا فى نظر مقارب :- محكمة بروكسل ، ١٩٠٠/١١/٢٧ ، مشار اليها جميعا فى : د . احمد ابو الوفا ، عقد ....، المرجع السابق ، ص ٣٦ - ٣٧ .

٤٦ - راجع الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الفيدرالية ، جلسة ١٩٧٤/٧/٨ ، مشار اليه فى د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص٤٥٤ .

٤٧ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ٤٥٤ .

٤٨ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٣١ .

وقرب : محكمة مصر الابتدائية ، جلسة ١٩٣٠/٣/٩ ، مشار اليه فى محمد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٤٥ .

٤٩ - وراجع ايضا : د . سامية راشد ، المرجع السابق ص ٤٢٧ .

٥٠ - ويذهب البعض لاخضاع المسالة المتقدمة لقانون القاضى المطروح عليه الامر على اساس ان التفسير يدخل فى مهمته ويجب ان يتم وفقا لنظامه القانونى .

د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٢٨ حيث تعرض لهذا الرأى .

٥١ - وتجدر الاشارة الى ان القضاء فى الدول العربية قد توافر على ان مناط اختصاص القضاء المستعجل هو توافر شرطى الاستعجال وعدم المساس باصل الحق . راجع على سبيل المثال : محكمة التعقيب التونسية ، جلسة ١٩٧٦/٣/٩ ، النشرية ١٩٧٦ ، ج١ ، ص ١٠٠ ، ١٩٨٢/١/٥ ، المرجع السابق ، ١٩٨٢ ، ج١ ، ٤٣ ، المجلس الاعلى المغربى ، جلسة ١٩٧٠/٥/٢٧ ، القرار رقم ٢٤٨ ، الغرفة المدنية ، مجلة القضاء والقانون ، س ١٢ ، ع ١١٨ ، ص ٤٤٢ ، المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات جلسة ١٩٧٦/٧/١ س ٤ ، ع ١٥ ، يوليو ١٩٧٧ ، ص ٧٩ ، محكمة التمييز اللبنانية ، جلسة ٢٤ آذار ، ١٩٧٠ ، غرفة مدنية اولى ، الهيئة الثانية ، القضاء والتشريع ، س ١٣ ، ع ٦ ، يوليو ١٩٧١ ، ص ١٠٠ .

٥٢ - تذهب بعض الاحكام العربية الى ان القاضى المستعجل يفحص ظاهر الاوراق دون الموضوع :- راجع حكم استعجالى تونس ، جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ برقم ٥٠٣٦٦٢ ، صادر من رئيس المحكمة الابتدائية فى تونس ، مجلة القضاء والتشريع ، س ١٣ ، ع ٥ ، مايو ١٩٧١ ، ص ٦٢ . كما قضى بان تقدير الاستعجال متروك لقاضى الموضوع : قرار تعقيبى تونس ، جلسة ٨١/٦/٩ رقم ٦١٠٨ ، النشرية ، ١٩٨١ ، ج٢ ، ص ١٤٥ . ويمكن الاسترشاد بالمبادىء السابقة حال انعقاد الاختصاص بحكم المسائل المتقدمة للقانون التونسى .

٥٣ - توافرت احكام النقض المصرية على ان الاحكام المستعجلة ليس لها اية حجية امام قاضى الموضوع . راجع على سبيل المثال :

نقض مدنى ١٩٦٧/٢/٢٣ ، ١٩٧٠/٢/٤ ، ١٩٧٢/١٢/١٢ ، ١٩٧٣/٣/١٤ ، ١٩٧٧/١٢/٢٤ مشار اليها جميعا فى الموسوعة الذهبية ج ٨ ، القواعد ٨٩٠ - ٨٩٤ . وتذهب بعض الاحكام الى أن حجية الاحكام

هوامش

المستعجلة مؤقتة : محكمة مصر الابتدائية ، مستعجل ، جلسة ١٩٣٨/٧/١١ الجدول ، ق ٩٤ ، ص ١٩ مرافعات .

٥٤ – راجع فى عرض بعض أحكام القضاء الامريكى :

د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٥ . وراجع ايضا : نقض سورى ، ١٩٧٣/١٢/٢٦ ، مجلة القانون ، س ٢٥ ، ع ١ – ٤ ، ١٩٧٤ ، ص ١٩٧ ، استئناف مختلط مصر ١٩٠٨/١/١٨ ، مشار اليه فى : محمد عبد الرحيم عنبر ، ج ٩ ، ص ٤٥ هامش ٣ ، محكمة الاستئناف المختلطة ١٩٣٣/١١/٢٩ ، ملحق مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٧ ، ع ٣ ، مارس ١/٣٧ ، ص ٢٣ ، ١٩٣٦/٤/٢٢ ، محكمة ملوى الجزئية ١٩٣٢/٧/٢٥ ، مشار لهما فى الجدول العشرى ، المرفعات ، رقم ١٣١٨ ، ١٣٠٤ .

وفى الفقه راجع : shamkhi, op. cit, p. 119

د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ ، د . فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٩٨٢ ، د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٥٢ ، ١٤٢ .

٥٥ – coing (H.), substantial law and procedural law in arbitra tion, Law & state, Vol. 7, 23

٥٦ – cheshire, op, cit, p. 685; W olff, op. cit, p. 230; salmond op. cit, p. 443. no 172 .

٥٧ – راجع فى ذلك Wolff, op. cit, p. 231

٥٨ – راجع فى ذلك Dicey & Morris,, Op. Cit, p. 1090

٥٩ – راجع : Coing, Op. Cit, p. 23, 29

وفى الفقه المصرى : د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٥٨ ، د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ ، د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٧٩٦ .

٦٠ – راجع : د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .

قرب : szaszy, International..., Op. Cit, p. 605; cohn, Op. Cit p 150

٦١ – راجع : د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٩٧ .

szasy, International..., Op. Cit, p. 603; Dicey & Morris, Op. Cit p. 1047; Mann, English..., Op. p. 695; Luzzatto, Op. Cit, p. 56, Coing, Op. Cit. p. 17

د . عز الدين عبد الله ، تنازع... المقال السابق ، ص ٥٧ .

قارب : Eek, conflict..., Op. Cit, p. 609 .

حيث يذهب لخضوع الاجراءات لقانون القاضى ، وقد راينا من قبل ان القانون السائد فى دولة الاستماع هو قانون القاضى فى هذا الغرض ، راجع ما قبله ، وقد اخذ القضاء المختلط بالقاعدة المتقدمة ، راجع على سبيل المثال :

Cour d'appel mixte,q nov. 1891, Bull. triene
table decennale 1918 - 1928, no 612, p. 55

٦٢ – د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٩٨ .

Mann, English..., op. cit, p 695 .

٦٣ – د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٩٨ – ٩٩ .

هوامش

٦٤ - راجع : coing, op. cit, p. 23

٦٥ - د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ١٠١ ، ١٠٣ ، د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٢٨ .

cong, op. cit, p. 17; szazy, International...., op. cit, p. 605

٦٦ - راجع فى عرض هذا الرأى :

coing, op. cit, p. 17, 22; Qmar (M.A)

The concept and practice of socialist arbitration, L'Egypt Con- temporaine, juillet 1968, no 333, p. 74 .

٦٧ - راجع : Luzzatto, op. cit, p. 58 I 59

Coing, Op. cit, p. 25, note 19

٦٨ - د . عز الدين عبد الله ، تنازع .... المقال السابق ، ص ٢٨ .

Goldstajn, Op. cit, p. 196

٦٩ - Monn, English; Op. cit, p. 695

Szasyz, L'exequatur....., Op. cit, P. 161

٧٠ - Omar, Op. cit, p. 74

يذهب البعض الى انه اذا اختارت هذه المحكمة قانونا اجرائيا ساريا فى دولة احد الخصوم فان ذلك يحمل شبهة الانحياز لهذا الخصم حيث سيتمكن من الافادة منه اكثر من الآخر . أما إذا أختارت قانونا غريبا عنهما ، فهذا مدعاة للمشقة ، حيث سيصعب عليهما وعلى المحكمة الوقوف عليه وادراكه ، نظرا لصعوبة وتعقيد الانظمة الاجرائية .

راجع : Coing; Op. cit, p. 20

٧١ - راجع على سبيل المثال :

م ٧٤ / ٢ من عقد ضمان مساهمة فى رأس مال شركة .

٧٢ - قارب : Sfofford, Op. cit, p. 228

٧٣ - يقترب هذا النص من ذلك المنصوص عليه فى عقد ضمان مساهمة فى رأس مال شركة (م ٧٢) . ومع ذلك فهناك اوجه خلاف بينهما من حيث المواعيد . والثابت ان العمل الدولى قد جرى على ان تبدأ خصومة التحكيم عن طريق تقدم الراغب فى التحكيم الى سكرتارية مركز التحكيم المختص بطلب البدء فى اجراءات التحكيم ، ويرفق بهذا الطلب عريضة يبين فيها طلباته وتشفع بمستنداته ..وبعد ذلك ، يكون على السكرتارية اخطار الطرف الآخر بصورة العريضة والمستندات فى ميعاد معين للرد عليها .

راجع فى ذلك : Cohn, Rules.., Op. cit, p. 145

Broches, convention...., Op. cit, p. 365

Sasxy (I.), L'exequatur des gugments et sentences, Droit Hongois Op. Cit, p. 160 - 161 .

د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ص ١٥٦ ؛ د . محمد يوسف علوان ، الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول «الأوابك» . مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية ، ١٩٧٨ ، ص ١٨٩

هـــوامش

وكان من الاوفق ان يتبع الملحق والعقود المختلفة الطريق السابق ، حيث من شأنه ان يمكن السكرتارية من استبعاد الطلبات غير الصحيحة .

٧٤ – والثابت ان العمل الدولى قد جرى على تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين . فمن شأن هذا التشكيل ان يجعل الحكم معبرا عن ارادة المتنازعين ومن شأنه ايضا ان يجعل هذه المحكمة محلا لثقتهم .

راجع : Cohn, Op. cit, p. 139

٧٥ – وهذا ما جرى عليه العمل الدولى . راجع :

'Szaszy, L,exequatur ...., OP. Cit, P. 160: Starke
OP. Cit, P. 385-6; szaszy, International'...
OP. Cit, P. 605.

د . عبدالواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ .

٧٦ – وقد جرى العمل الدولى على إعطاء سلطة تشكيل محكمة التحكيم فى حالة فشل الأطراف أو المحكمين فى ذلك لجهة عليا كرئيس محكمة العدل الدولية أو رئيس غرفة التجارة الدولية أو من كان على شاكلتهما راجع فى ذلك :

'... Kojanac., Recent.., OP. Cit, P. 202 ss: szaszy, L'exequatur
OP. Cit, P. 16C; cohn; Rules..., OP. Cit, P. 142-143.

د . عبدالواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

ويذهب البعض إلى تقرير حق الخصوم فى اللجوء إلى القضاء الوطنى بالطلب السابق .

راجع : szaszy, International.... OP. Cit, P. 605

٧٧ – راجع أيضاً : م . ٦ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية ، م ٧٣ من عقد ضمان استثمار مباشر (يونيو ١٩٧٩) .

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من النص السابق هى ترديد لما جاء فى المادة ١/٤/ج من الملحق .

Starke, OP. Cit, P. 387

ويرى أن المحكم يكون فى غالب الأحوال متمتعاً بجنسية الخصم الذى اختاره .

٧٨ – وقد أخذت غرفة التجارة الدولية بذات الحكم ، راجع :

Goldstajan, permanent...., oP. Cit, P. 196.

٧٩ – ويتضح لنا من هذا النص أن عدد المحكمين يجب أن يكون وتراً وهذا الحكم سائد فى العديد من النظم الوطنية والدولية .

راجع فى ذلك : Szaszy, International..., OP. Cit, P. 605.
Szaszy, L'exeqatur..., OP. Cit, P. 160.

د . محمد عبدالخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ ، د . أحمد أبو الوفا عقد ... ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ ، د . عبدالواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ . وراجع أيضاً : م ٣/٥٠٢ مرافعات مصرى ،

هوامش

٢٥٧ مرافعات عراقى رقم ١٩٦٩/٨٣ ، ٢٥٦ مرافعات كويتى رقم ١٩٦٠/٦ . عكس ذلك م ٣/٤٧ إجراءات مدنية جزائرى . مشار إليها فى : محمد عبدالرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٥١ .
Szaszy, OP. Cit, P. 605.
حيث يشير إلى أن بعض الدول تستلزم أن يكون عدد المحكمين زوجياً .

٨٠ - تذهب بعض النظم القانونية إلى أن المرأة لا يمكن أن تكون محكماً :
راجع : Szaszy, International..., OP. Cit, P. 605.

٨١ - تذهب بعض النظم القانونية إلى وجود تمتع المحكم بثقافة قانونية سيما إذا كان حسم النزاع يتم وفقاً لقواعد القانون .

راجع : Zamora(n.), L'execution des sentences arbitrales, rapports de Congres de dr. Compáre', 1960, P. 353.
'.... Starke, OP. Cit, 385; Szaszy, International OP. Cit. P. 605
د . عبدالواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ .
د . محمد عبدالخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٩٨ ، ١٠٣ .

٨٢ - تذهب بعض النظم إلى أن المحكم يجب ألا يكون من رجال السلك القضائى .
راجع : Szaszy, International..., OP. Cit, P. 605:

٨٣ - تنص المادة ١/٥٠٢ مرافعات مصرى على أنه : « لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوزاً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد اعتباره » . فى نفس المعنى : م ٢٥٥ مرافعات عراقى .

راجع : محمد عبدالرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٥١ هامش ٣٤ د . فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٩٧٦ - ٩٧٧ .
Szaszy, International..., OP. Cit, P. 605.
د . محمد عبدالخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٩٨ ، ١٠٣ .
والثابت أن حكم م ١/٥٠٢ قد تم الأخذ به فى قانون المرافعات الكويتى .
راجع فى ذلك : د . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى الكويتى ، ١٩٧٧ ، ص ٤٤٨ - ٤٤٩ . لمزيد من التفاصيل حول الشروط الواجب توافرها فى المحكم فى الدول العربية ، راجع : م ٢٣٤ مرافعات بحرينى (رقم ١٩٧١/١٢) ، م ٢٥٩ من مجلة الإجراءات المدنية والتجارية التونسية (رقم ١٩٥٩/١٣٠) ، ٥٠٨ من قانون أصول المحاكمات السورى رقم ١٩٥٣/٨٤ ، م ٧٤١ مرافعات ليبى ، م ٣٢٣ قانون الإجراءات الصومالى رقم ١٩٧٤/١٩ . وهذه المواد تقترب كثيراً من حكم القانون المصرى إن لم تطابقه .

٨٤ - تذهب بعض التشريعات العربية إلى تقرير حق الخصوم فى رد المحكم .
راجع : م ٤٤٨ قانون الإجراءات المدنية الجزائرى رقم ٦٦ - ١٥٤ - ١٩٦٦ ، م ٥١٥ قانون أصول المحاكمات السورى ، ٧٤٩ مرافعات ليبى ، ٢٦١ مرافعات عراقى . كذا المادة ٣/٥٠٣ مرافعات مصرى

هـــوامش

حيث تبين جميعاً شروط الرد وأسبابه . لمزيد من التفاصيل راجع : د . فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٩٧٨ ، د . أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٧٠ - ١٧١ ، محكمة استئناف مصر ، ١٩٣١/١٢/٢٢ ، ١٩٣٥/٣/٢٥ ، الجدول ، ق ١٧٣٦ - ١٧٣٤ ، نقض مدنى ، ١٩٧٦/١٢/١٦ ، الموسوعة ، ج ٨ ، ق ١٣٩٣ .

٨٥ - وهذا النص يعتبر تقنيناً للعمل الدولى ، راجع :

Cohn OP. Cit, P. 148; Kojanec OP. Cit, P. 203, 204.

فى نقد هذا الإتجاه : د . أحمد أبو الوفا ، عقد ، المرجع السابق ، ص ١١٠ .

٨٦ - قارب : .Goldstajn, OP. Cit, P. 189-190

٨٧ - م ٤/١/هـ من الملحق ، م ٢/٦٢ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية ، م ٢/٧٤ من عقد ضمان استثمار مباشر (يونيو ١٩٧٩) .

٨٨ - راجع فى ذلك : Cojn, Rules..., OP. Cit, P. 147; Broches, OP Cit, P. 366; Szaszy, International..., OP. Cit, P. 604; Cour d'appel de Paris, 22 Jan. 1957.

الحكم الأخير مشار إليه فى د . أبو الوفا ، عقد ... ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ هامش ١ . د . عزالدين عبدالله ، تنازع ... ، المقال السابق ، ص ٥٦ - ٥٧ . مع ذلك قارن أحكام معاكسة أشار إليها د . أبو الوفا المرجع السابق ص ٣٥ . والثابت أن جميعها قديم .

٨٩ - : د . عزالدين عبدالله ، تنازع ... ، مقاله السابق ، ص ٥٩ .

٩٠ - راجع : Cohn, OP. Cit, P. 148; Szaszy, International..., OP. Cit, P. 604.

٩١ - قارن : عبدالمعز نجم ، المرجع السابق ، ص ٥٣ - ٥٤ .

٩٢ - راجع : م ٣/٦١ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية ، م ٧٤ من عقد ضمان استثمار مباشر ، سالف الذكر .

حول طرق الإثبات وإجراءاته فى نطاق الجماعات الأوربية راجع :

Wall, OP. Cit, P. 61, 232ss

٩٣ - وقد استقر الأمر على التزام الخصوم بتقديم الأدلة المدعمة لادعاءاتهم مع حق المحكمة فى طلبها منهم دون إلزام لها بذلك .

راجع : Wall, OP. Cit, P. 61, 232ss

وقرب : محكمة استئناف الرباط ، جلسة ١٩٧٥/١٠/٣ - ١٨٦١ - مجلة القضاء والقانون ، يونيو ١٩٧٨ ، س ١٧ ، ع ١٢٨ ، ص ٢٤٠ ، محكمة التعقيب التونسية ، ج ٢ ، ١٩٨١ ، قرار رقم ٣٧٧٤ النشرية ص ٢٣٢ ، نقض مصرى ، ١٩٧٢/٣/٢١ ، ١٩٦٧/٣/٨ ، الموسوعة ج ٦ ، القواعد أرقام ٣٢٠ ، ٨٠٦ .

٩٤ - راجع : Cohn, OP. Cit, P. 158;

٩٥ - د . عزالدين عبدالله ، تنازع .... ، مقاله السابق ، ص ٦٠ .

هوامش

٩٦ - راجع م ١/٤/ ز من الملحق ، م ٧/٦١ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية ، م ٧٤ ، ٤/١ من عقد ضمان استثمار مباشر سالف الذكر . والحكم المتقدم مأخوذ به في الأويك : د . محمد يوسف علوان ، المرجع السابق ، ص ٩٣ . والثابت أن كفالة حقوق الدفاع تقرره معظم النظم القانونية راجع على سبيل المثال :

Brown, General..., OP..Cit, P. 185-186

Coing, OP. Cit, O. 18; Cohn, OP. Cit, P. 159, 161

وفي القضاء العربي راجع : المجلس الأعلى المغربي ، غرفة أولى ، جلسة ١٩٦١/٤/١٧ - ٤٦٦٠ مجلة القضاء والقانون ، يناير - مارس ٦٢ ، ع ٤٥ - ٤٧ ، ص ٢٨١ ، تمييز أردني ، ١٩٧٥/٣/١٠ ، ع ٧٥/٩ ، نقض سوري ، ١٩٧٥/٢/٩ ، م أولى ٨٩٤ ، مجلة القانون ، ١٩٧٥ ، س ٢٦ ، ع ٣٠٤ ، ص ١٦٦ ، محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٨١/١٠/٣٠ ، القرار رقم ٣٣٣٦ ، ١٩٨١/١٠/٣٠ القرار رقم ٣٣٩٧ ، ١٩٨١/١٠/٣٠ ، القرار رقم ٤١٨٢ ، ١٩٨١/١١/٢ ، القرار رقم ٤٣٣٠ .منشورة جميعاً في النشرية ، ١٩٨١ ، ج ٤ ، ص ٢٩ ، ٣٣ ، ٣٧ ، ٥٠ على التوالي .

٩٧ - تتم جلسات الإستماع في التحكيم الذي تجريه غرفة التجارة الدولية في سرية .

Cohn, OP. Cit, P. 160;

أما جلسات محكمة الجماعات الأوربية فهي علنية . Wall, OP. Cit, P. 61, 202

يلاحظ أن جلسات الإستماع في التحكيم الذي يتم في الدول الإشتراكية تتم في علنية بحسب الأصل ، مالم يطلب الخصم غير ذلك .

راجع : Goldstajn, op. Cit, P. 192.

والثابت أن جلسات محكمة الأويك علنية . راجع : د . محمد يوسف علوان المقال السابق ، ص ١٩٣ .

٩٨ - يجوز للمحكمين وفقا للقانون المصري ندب كاتب جلسة .

راجع : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ .

٩٩ - جرى العمل في نطاق محكمة الجماعات الاوروبية على تحرير محاضر لما يتم في جلساته .

راجع : Wall , OP . Cit,, P . 203 .

١٠٠ - في الجماعات الاوروبية يجب ان يمثل الخصم محامي نقابي من احدى الدول الاعضاء أو استاذ قانون اذا كان قانون دولته يجيز له ذلك .

راجع : Stein, OP. P. 415: OP . Cit, P. 211 .

اما الحضور امام محكمة منظمة الأويك فيتم من جانب محامين نقابيين في دولة عضو . راجع : د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩١ .

١٠١ - حول حقوق واجبات المحامين في نطاق محكمة الجماعات الاروبية .

راجع : Wall, OP . P . 206

١٠٢ - في هذا المعنى :

د . عز الدين عبدالله ، تنازع ... المقال السابق ، ص ٥٩ .

هوامش

١٠٣ – يذهب البعض الى ان تنازل الخصوم عن خصومتهم امام محكمة التحكيم ملزم لها ومن شأنه وقف ولايتها . Szaszy, L'exequatur.., OP. cit, P. 161

١٠٤ – يذهب البعض الى جواز قيام احد اعضاء الهيئة بمباشرة اجراءات التحقيق ، كما يحق للمحكمة ان تندب لذلك لجنة فنية بحيث تعهد اليها بمباشرة هذه المهمة واعداد تقرير عن الامر ، كذا يحق لها أن تطلب ذلك من المحكمة الوطنية القريبة منها . Szaszy, L'exequatur.., OP. cit, P. 161 .

١٠٥ – راجع فى ذلك د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ٠٣ ، ص ٦٦ د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٩ .

Cheshire's OP. Cit , O. 592

Wolff, OP. Cit, P. 236

عكس ذلك : حيث يخضعها لقانون القاضى .

١٠٦ – د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

١٠٧ – راجع : د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٠ .

Cheshire's OP. Cot, P. 693 :Dicey, OP. Cit, P. 1100

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ .

١٠٨ – د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ .

١٠٩ – د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ .

Wolff, OP. Cit, P. 237.

١١٠ – ويلاحظ ان الفقه المصرى يخضع هذه المسألة للقانون الذى يحكم الشكل وهو عندهم القانون المحلى فى أغلب الاحوال ، مع امكان تطبيق قانون القاضى اذا كان ايسر من القانون المتقدم . راجع : د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ ، د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٨٠٤ ، د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٦١ .

قارن : Dicey, OP. Cit, P. 1098 .

١١١ – فى عرض هذا الرأى وتأييده بوجه عام :

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ ، هامش و٣ .

١١٢ – د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٣ ، ومشار اليه ايضا فى :

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩ .

١١٣ – راجع فى ذلك :

د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٨١١ – ٨١٢ .

د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٣ .

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠ مابعدها .

وفى الفقه الاجنبى :

Cheshire's OP. Cit. P. 690 ;Dicey, OP. cit, P. 1099

هوامش

١١٤ - فى نفس المعنى :
م ٥/٦١ من عقد ضمان قرض بعملة اجنبية ، م ٥/٧٤ من عقد ضمان استثمار مباشر ، سالف الذكر .
١١٥ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٥٩ .
فى نطاق محكمة الجماعات الاوربية يجب ان تتم المداولة سرا .
راجع : Wall, OP. Cit, P. 201, 253
١١٦ - وقد تواترت التشريعات المختلفة على وجوب اصدار حكم المحكمين فى ميعاد معين . راجع :
د . احمد أبو الوفا ، عقد ...، المرجع السابق ، ص - ١١١ - ١١٢ .
المجلس التحكيمى الاعلى (سوريا) ، ١٩٧٧/٥/٨ - مجلة القانون ، س ٢٨ ، ١٩٧٧ ، ص ٣٩٥ .
وفى نطاق المركز الدولى لتسوية المنازعات ، يجب ان يصدر الحكم فى خلال ٩٠ يوما من انتهاء الاجراءات . راجع : د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ص ١٥٧ .
١١٧ - بخصوص حكم هذه المسائل فى القانون المصرى راجع :
د . فتحى والى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٩٨٤ .
ونقض مدنى مصرى ١٩٧٠/٣/٥ و ١٩٧٣/٢/٢٤ ، المدونة ، قسم ١٩ ، ١٠ ، ١٥ على التوالى .
١١٨ - وهذا الحكم ماخوذ به فى نطاق محكمة الجماعات الاوربية . راجع :
Wall, OP. Cit, P. 202, 253

حول ذات المبدأ راجع :
.Starke, OP. Cit, P. 386

١١٩ - بخصوص وجوب تسبيب احكام المحكمين راجع بوجه عام :
.Saad, la Sentence ..., OP. Cit, P. 133 et seq
.Szaszy, l'exequatur ..., OP. Cit, P. 606
.Szaszy, International ..., OP. Cit, P. 606

ومع ذلك تذهب بعض النظم الى امكان عدم تسبيب احكام المحكمين . راجع فى ذلك :
.Szaszy, International ..., Op. Cit, P. 606

١٢٠ - د . احمد ابو الوفا تسبيب الاحكام ، مجلة الحقوق ، س ٧ ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، ع ١ ، ٢ ، ص ٣ - ٥ ، قرار تعقيبى تونسى ، ١٩٥٩/٥/٢٠ ، رقم ٩٨٣٩ ، القضاء والتشريع ، س ٢ ، ع ٦ ، يونيو ١٩٦٠ ، ص ٤٩ ، نقض مدنى مصرى ١٩٣١/١١/١٩ ، ١٩٣٥/١٠/٣١ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ص ٣٩٢ - ٣٩٣ ، ١٩٦٦/٢/٩ ، المرجع السابق ، ص ٤٠٤ . Wall, OP. Cit, P. 256 - 257 .
١٢١ - د . احمد ابو الوفا ، المقال السابق ، ص ٣ .
١٢٢ - د . احمد أبو الوفا ، المقال السابق ، ص ٣ .
قرار تعقيبى تونسى ، ١٩٥٩/٥/٢٠ سالف البيان . Wall, Loc. Cit .
١٢٣ - د . احمد ابو الوفا ، المقال السابق ، ص ٤ .
والثابت ان القضاء يتشدد كثيرا فى استلزام قيام الاحكام على اسباب جدية ومقنعه . راجع : المجلس الاعلى المغربى ، الفرقة الاجتماعية ، ١٩٧٢/٥/٢٣ ، مجلة القضاء والقانون س ١٣ ، ديسمبر ١٩٧٣ ، ع ١٢٤ ، ص ١٧٣ ، محكمة الاستئناف العليا الكويتية ، دائرة التمييز ، ١٩٧٤/٦/٢ ، ١٩٧٤/١٩ ، سالف

هوامش

الاشارة اليه . قرار تعقيبى تونسى ، ١٩٨١/٥/١٤ ، التشريعة ، ١٩٨١ ، ج ٢ ، ص ١٨ .

١٢٤ - تجدر الاشارة الى ان الاشارات السابقة تتعلق باحكام قضائية ولكننا نرى امكان تعديتها لاحكام المحكمين اقتناعا بان الخلاف بينهما يكمن فى الدرجة وليس النوع .

١٢٥ - راجع بوجه عام :

د . محمد عبد الخالق عمر ، النظام ...، المرجع السابق ، ص ٦٢ ومابعدها .

د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩٤ .

د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

Wall, OP. Vit, P. 202

١٢٦ - د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

١٢٧ - د . عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

١٢٨ - د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق .

١٢٩ - د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق .

١٣٠ - وهذا الحكم مأخوذ به فى مصر ايضا . راجع :

د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

أما فى نطاق محكمة الجماعات الاوربية ، فيجب التوقيع عليه من رئيس المحكمة وسكرتير الجلسة فقط .

Wall, OP. Cit, P. 256

وعلى خلاف ذلك ، فالثابت ان جميع القضاه يجب أن يوقعوا على الحكم والا كان باطلا راجع فى ذلك :

محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٦٥/١/١٠ ، النشرية ، ١٩٧٦ ، ج ١ ، ص ٧ .

المجلس الاعلى الجزائرى ، ١٩٦٧/١٠/٢٥ ، نشرة القضاة - ٥ نوفمبر ، ديسمبر ١٩٦٩ ، ص ٢٣ ، تمييز اردنى ، ١٩٧٥/٨/٦ - ١٩٧٥ /٣٠٩ ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ع ٣ - ٦ ، ١٩٧٦ ، ص ٨٨٩ .

المحكمة العليا الليبية ، ١٩٧٠/٥/١٢ ، طعن ١٧/٢٣ ق - المجموعة ، المرجع السابق ، س ٦ ، ع ٤ ، يوليو ١٩٧٠ ، ص ٢٤٦ .

١٣١ - يذهب د . احمد ابو الوفا الى انه «ويكون سببا الرفض عادة هو عدم تمشى الممتنع مع وجهة نظر باقى المحكمين» . راجع عقد التحكيم ...، المرجع السابق ، ص ٢٧٢ .

١٣٢ - د . احمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٨١ .

١٣٣ - وفقا للقانون المصرى يجب ان يشتمل الحكم على بيان المكان الذى صدر فيه راجع : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ ، د . فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٩٨٦ ، د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ . Saad, OP. Cit, P. 161 .

وقد توافرت احكام محكمة النقض المصرية على وجوب اشتمال الحكم القضائى على المكان الذى صدر فيه أو مايفيد ذلك بذكر المحكمة التى اصدرته .

راجع : ١٩٥٦/٤/٢٦ ، ١٩٧٤/٥/٩ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ص ٣٩٥ ، ٤١١ .

هـوامش

١٣٤ – وفقا للقانون المصرى يجب ان يشتمل الحكم على بيان تاريخ صدوره . راجع د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، الموضوع السابق ، د . فتحى والى ، المرجع السابق ، الموضوع السابق .
Saad, Loc. Cit

ولهذا البيان اهمية خاصة فى حالتنا الماثلة ، حيث يبدأ من تاريخ اصدار الحكم سريان الميعاد الذى يتم تفسيره فيه .

١٣٥ – لا يلزم ذكر هذه البيانات فى حكم المحكمين وفقا للقانون المصرى . راجع : د . احمد ابو الوفا ، الموضوع السابق ، د . فتحى والى ، الموضع السابق . وعلى العكس من ذلك فالثابت وجوب ذكر اسماء الخصوم وصفاتهم فى الاحكام القضائية . راجع : نقض مصرى ، ١٩٥٣/١٢/٣١ ، ١٩٥٤/٦/١٠ ، ١٩٥٧/٦/٢٠ ، ١٩٦٢/١/٤ ، ١٩٦٤/١١/١١ راجع فى ذلك ، الموسوعة الذهبية ، ج ٥ ، ص ٣٩٣ وما بعدها . ونفس الحكم مأخوذ به فى نطاق محكمة الجماعات الاوربية ، راجع :
Wall, OP. Cit, P. 256- 257

١٣٦ – لايتطلب القانون المصرى ذكر اسماء المحكمين فى الحكم ، على اساس ان ذلك البيان يمكن الوقوف عليه من مراجعة وثيقة التحكيم والتى ترفق به .

١٣٧ – يجب ان تصدر احكام المحكمين فى مصر باسم السلطة العليا اى «باسم الامة او الشعب» . راجع : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٨٤ .

١٣٨ – الثابت ان احكام محكمة الجماعات الاوربية تصدر علنا .
راجع : Wall, Op. cit, p. 258

١٣٩ – يجب ان يصدر حكم المحكمين فى مصر بالغة العربية راجع : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٢ – ٢٨٣ .

١٤٠ – ويذهب البعض الى أن خلو حكم المحكم من الاسباب موجب للبطلان والذى يتعلق بالنظام العام . راجع فى عرض هذا الرأى : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ . توافرت احكام القضاء على ان خلو الحكم من الاسباب موجب للبطلان راجع : المحكمة الادارية العليا المصرية ، ١٩٥٥/١٢/١٠ ، المدونة ، قسم ٢٣ ق ١٩ .

١٤١ – والثابت ان اشتمال الاحكام القضائية على وقائع محرفة امر يوجب نقض الحكم راجع : محكمة التعقيب التونسية ، ٨٠/١ ، القرار رقم ٧٠٧ ، ١٩٨١/١١/٣٠ ، القرار رقم ٥٢١٢ . النشرية ، ١٩٨١ ، ج ٤ ، ص ١٨١ ، ١٨٣ ، المحكمة العليا الليبية ، ١٩٧٠/٣/٢٤ ص ٩٩ ، طعن رقم ١٦١٩ ، مجلة المحكمة العليا ، ٦ .

١٤٢ – والثابت ان تناقض اسباب الحكم القضائى أمر موجب للنقض راجع : محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٨٠/٣/٢٥ ، القرار رقم ٤٥٧٢ ، النشرية ، ١٩٨٠ ، ج ١ ، ص ٧٦ ، ٩٣ على التوالى ، تمييز لبنانى ، ١٩٦٤/١/٢٢ ، جميل الباز ملخص احكام ١٩٦٣/ ١٩٦٧ ، ص ١٢ .

١٤٣ – وقد توافرت احكام القضاء على ان تناقض الاسباب مع المنطوق موجب للنقض راجع : المجلس الاعلى المغربى ، والاولى ، ١٩٦٤/٣/١١ ، مجلة القضاء والقانون ، ٧ ، يناير – مارس ١٩٦٤ ، ص ٢٨٧ .

هوامش

محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٧٩/١١/٢٢ ، القرار رقم ٤٠٩٩ ، النشرية ١٩٧٩ ، ج ٢ ، ١٠٧ .

١٤٤ – وقد حكم بان التناقض فى منطوق الحكم القضائى موجب للنقض راجع : تمييز لبنانى ، ١٩٦٧/٢/١٥ ، ١٩٦٧/٦/٦ ، جميل الباز ، ملخص أحكام ١٩٦٣ /١٩٦٧ ، ص ١٢، ١٣ .

١٤٥ – وقد قضى بان التزيد فى الاسباب لا يؤثر على سلامة الحكم القضائى مادام على اسباب سليمة راجع : تمييز لبنانى ، ١٩٦٣/١٠/١٧ ، ١٩٦٥/٣/٥ ، ١٩٦٧/١/٢٥ ، ١٩٦٧/١٢/٥ – جميل الباز ، الملخص السابق ، ص ١٢ .

١٤٦ – وقد حكم بان عدم الرد على اوجه الدفاع الجوهرية يوجب نقض الحكم القضائى . راجع : المحكمة العليا اللبنية ، ١٩٧٠/٤/٢١ ، المجموعة السابقة ، س ٦ ، ٤ يوليو ١٩٧٠ ، ص ٢٢٦ ، محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٧٦/٢/٢٧ القرار رقم ٩٩٢٣ ، النشرية ، ١٩٧٦ ، ج ١ ، ص ٩١ ، وقارب : المجلس الاعلى الجزائرى ، غرفة مدنية ، ١٩٦٧/٥/٢٤ ، ٦٧/١٠/١٨ نشرة القضاة مايو – يونيو ١٩٦٩ ، ص ١٧ – ١٨ .

١٤٧ – وقد قضى بان الحكم باكثر مما طلبة الخصوم موجب للنقض راجع : المجلس الاعلى الجزائرى ، ١٩٦٨/٧/٣ ، غرفة القانون الخاص ، نشرة القضاة ، ع ٥ . نوفمبر – ديسمبر ١٩٦٩ ، ص ٥٥ .

١٤٨ – يذهب البعض لتقرير بطلان حكم المحكمين الذى لايستوفى بياناته :

Sandars, OP. Cit, P. 279

وقضى ببطلان الحكم القضائى حال خلوه من أحد البيانات الجوهرية راجع : المحكمة الادارية العليا المصرية ١٩٥٨/٥/١٠ المدونة – قسم ١/٢٣ ، ق ٢٢ .

١٤٩ – حول امكان تكملة الحكم بالرجوع للبيانات الواردة فى اوراق الدعوى فى نطاق محدد راجع : المجلس الاعلى المغربى ١٩٧٠/٦/١٨ – القضاء والقانون ، س ١٢ ؛ ع ١١٨ ، ص ٤٤٨ ، ١٩٦٩/١٢/٣ ، المرجع السابق ، ع ١١٤ ، ص ١٩٦ – ١٩٧ ، ١٩٦٠/١٠/٢٤ ، المرجع السابق س ٤ ع ٣٥ – ٣٦ يناير فبراير ١٩٦١ ، ص ٢٥٠ .

١٥٠ – جرى العمل فى نطاق محكمة الجماعات الاوربية على وجوب ايداع مسودة الحكم الاصلية فى المحكمة مع حق الخصوم فى اخذ صور رسمية منه راجع : Wall, OP. Cit, P. 258 .

١٥١ – م ١/٤/ ز من الملحق .

١٥٢ – قارن :

Cohn, OP. Cit, P. 163

حيث يقرر انه فى نطاق غرفة التجارة الدولية لا يتم تسليم صورة الحكم للخصوم فور صدوره من محكمة التحكيم وانما بعد اعتماد الغرفة له ، حيث يحق للاخيرة احداث بعض التعديلات فيه على النحو الذى يكون معه صالحا للتنفيذ . وفى نفس المعنى :

Goldstajin, Permanent .., OP. Cit, P. 195 - 6

١٥٣ – وذات النص اوردتة بعض عقود الضمان راجع على سبيل المثال : م ٧٦ من عقد ضمان استثمار مباشر سالف الذكر ، م ٦٣ من عقد ضمان قرض بعملة اجنبية .

١٥٤ – راجع : تمييز لبنانى ، ١٩٦٥/١٠/٧ – جميل الباز ، ١٩٦٣/ ١٩٦٧ ، المرجع السابق ص

هوامش

١٥٤ – د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ص ٢٣٣ . قارن محكمة الموسكى الجزئية ١٩٣٠/٢/١ الجدول ، قسم المرافقات ، ق ٢٢ . د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع الساق ، ص ١٠٤ .

١٥٥ – وقد اقتبسنا هذا الحكم من احكام القضاء علما بانها تتعلق باتعاب المحامى وذلك نظرا للتقارب بين مهمة نظيره المحكم راجع : محكمة الاستئناف المختلطة : ١٩٣١/١٢/١٧ ، ١٩٣٤/٣/٢٠ ، الجدول العشرى ، ق ٤٠ ، ٤٥ على التوالى ، محكمة النقض المصرية : ١٩٦٣/١/٢٤ ، ١٩٦٦/٥/١٢ ، ١٩٦٨/٦/٢٠ ، ١٩٧٧/٢/٢٣ ، الموسوعة الذهبية ، ج ٨ ، القواعد ارقام ١٥٧٩ ، ١٥٨١ ، ١٥٨٧ ، ١٦٠٠ على التوالى .

١٥٦ – وقد اقتبسنا ذلك من احكام القضاء المتعلقة بطريقة تقدير أتعاب الخبراء راجع : محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٩٣١/٣/٥ ، ١٩٣١/٧/١٨ ، الجدول العشرى ، القسم الثانى مرافعات ، ق ١٤٩٦ ، القسم الاولى ، مدنى ، ق ٢٧ على التوالى ، محكمة النقض المصرية ١٩٤٤/٢/٢٤ ، ١٩٤٩/٢/١٠ ، الموسوعة الذهبية ، ج ١ ، ق ١٧٢٣ ، ١٧٣٤ على التوالى .

١٥٧ – وهذا الحكم يختلف عما جرى عليه العمل الدولى والداخلى ، حيث يتحمل من خسر الدعوى كافة مصروفاتها او بحسب القدر الذى خسره .

راجع فى ذلك :

Wall, OP. Cit, P. 261; Cohn, OP. Cit, P. 149, 164

محكمة استئناف مصر ، ١٩٣٤/٢/١٤ ، الجدول ، المرجع السابق ، قسم ثان ، ق ١٤٨٩ ، محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٧٠/٣/١٧ ، قرار رقم ٧٠٤٧ ، القضاء والتشريع ، س ١٢ ، ع ٨٤ ، أكتوبر ١٩٧٠ ، ص ١٠٤ .

١٥٨ – د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

وترجع فكرة استنفاد القاضى لولايته الى القانون الرومانى وهذا المبدأ معترف به فى القانون الفرنسى (م ٤٨١ مرافعات) وفى القانون المصرى ١٩١ ، ١٩٢ مرافعات راجع : د . محمود هاشم ، مفهوم استنفاد ولاية القاضى المدنى المحاماة ، س ٦١ ، ع ٣ – ٤ ، مارس – ابريل ١٩٨١ ، ص ٣٨ . حول اعمال هذا المبدأ بالنسبة لاحكام المحكمين راجع :

Saad, OP. Cit, P. 169 et seq, P. 171 :

Commepour le guge, les fonction de l'arbitre cessent avec le prannacé de la sentence .

١٥٩ – د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

١٦٠ – د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

١٦١ – د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

١٦٢ – د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٤٠ .

١٦٣ – د . محمود هاشم ، الموضوع السابق .

١٦٤ – د . محمود هاشم ، المقال السابق ، الجزء الثانى ، المحاماة س ٦١ ، مايو – يونيو ١٩٨١ ، ع ٥ – ٦ ، ص ٧٥ ومابعدها .

: Sood Op. Cit, P. 172

Ne gouant qu'en faveur des sentence definitives

هوامش

١٦٥ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٧٦ .

١٦٦ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٧٧ .

١٦٧ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨١ .

١٦٨ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨١ .

١٦٩ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨١ .

١٧٠ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٢ .

١٧١ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٣ .

١٧٢ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٤ .

١٧٣ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٤ - ٨٥ .

١٧٤ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٥ ، والمراجع المشار اليها فى هامش ٢٠ .

١٧٥ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٥ .

١٧٦ - قارب : د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٦ .

١٧٧ - د . محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٧

١٧٨ - فى هذا المعنى : Saad, OP. Cit,, P. 176 - 177

د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

مع ذلك قارن : Paris, 11 mars 1965

مشار اليه فى د . ابراهيم سعد ، المرجع السابق . ص ١٧٧ .

ومحكمة النقض الفرنسية ، ١٩٠٢/١٢/١٠ ، مشار اليه فى د . ابو الوفا المرجع السابق ، ص ٢٩١ هامش ٤ .

حيث انتهت المحكمتان المتقدمتان الى وجوب امتناع المحكم عن تفسير ما صدر عنه من احكام ، حيث ان هذا الامر تختص به المحاكم العادية . وقد توافر العمل الدولى على تقرير حق الجهة مصدرة الحكم فى تفسيره راجع : د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩٥ .

Stein, OP. Cit P. 416; Szaszy, International ...., Op. Cit, p. 607 Broches, Convention .., Op. Cit, p. 397.

١٧٩ - تمييز لبنانى ١٩٦٥/٢/١٧ ، ١٩٦٥/٤/٢ ، مشار لهما فى مجموعة جميل باز ، ملخص احكام ١٩٦٣/ ١٩٦٧ ، ص ١٤ . وفى معنى مقارب راجع :

محكمة مصر الكلية ، ١٩٣٥/١٢/١٢ محكمة النقض المصرية ، ١٩٥٤/١٢/٢٣ ، ١٩٦٥/١٢/٢٨ ، ١٩٧٢/٤/١٩ ، راجع : الجدول العشرى ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ق ١٤٩٣ ، ١٤٩٤ ، ١٥٠٢ على التوالى .

١٨٠ - راجع : محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٩٣٣/١/١٩ ، محكمة مصر الكلية ، ١٩٣٥/١٢/١٢ ، الجدول ، القواعد ١٣٤١ ، ١٣٤٥ .

١٨١ - وهذا المبدأ اقره القضاء فى الدول العربية . راجع على سبيل المثال المحكمة الابتدائية بالمهدية (تونس) ، ١٩٦٢/١٢/٢٤ ، القضاء والتشريع ، س ٥ ع ٧ يوليو ١٩٦٣ ، ص ٨٥ ، ومحكمة النقض السورية ، ١٩٨٠/٥/١٠ . مجلة القانون ، س ٣١ ، ع ١ - ٤ ، ١٩٨٠ ، ص ١٠٨ ، نقض مصرى ، ١٩٥٤/١٢/٢٣ ، المدونة قسم ٢٣ ، ق ٥ ، ١٩٦٥/١٢/٢٨ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ق ١٤٩٥ ، المحكمة

هوامش

الادارية العليا المصرية ٥/١١/٥٠ ، ٤/١/١٩٥٨ ، ٢١/١/١٩٦١ ، ١٩/٤/١٩٦٤ مشار اليها جميعا فى المدونة ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

١٨٢ - راجع فى الاخذ بحكم مماثل فى نطاق محكمة الجماعات الاوروبية :

.Wall, OP. Cit, p. 291

١٨٣ - راجع هذا النظام والذى تأخذ به محكمة الجماعات الاوربية .

١٨٤ - محكمة التعقيب التونسية ، ٢٤/١٢/١٩٦٨ ، القرار رقم ٥٧٧ ، النشرية ، ١٩٦٨ ، ٢٧٣ .

١٨٥ - وهذا الحكم مقرر فى نطاق المركز الدولى لتسوية المنازعات . راجع د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

وحول حق محكمة التحكيم فى تصحيح الاخطاء المادية والحسابية راجع :

د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

وبخصوص حق المحكمة فى تصحيح ذات الاخطاء السابقة راجع : تمييز لبنانى ، ٢٢/٦/١٩٦٧ - باز مجموعه - ٦٣/ ١٩٦٧ ، ١٣ ، محكمة التمييز العراقية ، ١٨/٩/١٩٨٧٣ النشرة القضائية س ٤ ، ع ٤ ، ١٩٧٢ ، ص ٢٧٣ ، التعقيب التونسية ، ٢٦/١١/١٩٥٩ ، القرار رقم ١٠٦٧٦ ، القضاء والتشريع ، س ٢ ، ع ٢ ، فبراير ١٩٦٠ ، ص ١٥ ، ٧/٢/١٩٧٤ ، القرار رقم ٨٩٢٤ ، النشرية ، ١٩٧٤ ، ج ١ ، ص ٢٧ ، ١٦/٦/١٩٧٧ ، المرجع السابق ، ١٩٧٧ ، ج ٢ ، ص ٣٥ ، محكمة التمييز الاردنية ، ١٩/٥/١٩٧٤ ، رقم ٧٤/١٣٦ ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ٢٢ ، ع ٩ - ١٠ ص ١٧٦ . فالحق فى التصحيح امر توافر عليه القضاء فى الدول العربية وهذا يؤيد اقتراحنا المبين فى المتن .

١٨٦ - تمييز لبنانى ، ٢١/١/١٩٦٣ ، جميل الباز ، ١٩٦٣/١٩٦٧ ، ص ١٣ ، محكمة التمييز الاردنية ، ١٤/٢/١٩٧٧ ، رقم ٤١٦/ ٧٦ ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، س ٢٥ ، ع ٣ - ٤ ، ص ٥٠٠ .

١٨٧ - نقض مدنى مصرى ، ٢٧/١١/١٩٥٢ ؛ الموسوعة ، ج ٥ ، ق ١٤٧٠ ، نقض مدنى مصرى ، ٣/٣/١٩٦٥ ، المرجع السابق ، ق ١٤٧٤ . قارب : محكمة الاستئناف المختلطة ، ٩/٤/١٩٣٥ ، الجدول العشرى قسم المرافعات ، ق ١٣٤٦ .

١٨٨ - محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٣/٢/١٩٣٦ ، الجدول العشرى ، قسم المرافعات ، ق ١٣٤٩ .

١٨٩ - راجع فى الأخذ باحكام مماثلة فى نطاق محكم الجماعات الاوربية

Wall, Op. cit, p, 259

١٩٠ - وهذا الحكم مأخوذ به فى نطاق المركز الدولى لتسوية المنازعات .

راجع د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨

وفى عرض هذا النظر بشروط معينة : Saad, Op, cit, p. 175

د . أحمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ ، ولكن بشروط معينة . مع ذلك قارن :

Saad, Op, cit, p. 176

١٩١ - راجع فى عرض هذا النظر :

د . احمد ابو الوفا ، الموضع السابق . Saad, Op, cit, p. 175

De meme, Si l'arbitre a omis completement de se prononcer sur l'un des ... chefs de la demande

هوامش

١٩٢ – قارن : محكمة العدل العليا الاردنية ، ١٩٧٥/١١/١٠ ، رقم ٥٩ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ع ١ ـ ٢ ، يناير – فبراير ١٩٧٦ ، ص ١٢٢ .

١٩٣ – فى الاخذ بحكم مقارب فى نطاق محكمة الجماعات الأوربية .
Wall, OP. cit, p. 260

١٩٤ – وهذا النص أمر أوردته عقود الضمان المختلفة ، راجع على سبيل المثال : م ٧٤ / ٦ من عقد ضمان استثمار مباشر ، سالف الذكر ، م ٦/٦١ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية .

١٩٥ – وتجدر الاشارة الى ان قوانين المرافعات فى الدول العربية تجيز الطعن على احكام المحكمين : راجع على سبيل المثال : م ٥١١ مرافعات مصرى والتى تجيز الطعن عليها بالتماس اعادة النظر ، م ٥١٢ التى تجيز رفع دعوى بطلب ابطالها ، م ١٣ من قانون التحكيم الاردنى رقم ١٨/ ١٩٥٣ والتى تجيز رفع دعوى بطلب ابطال حكم المحكم ، م ٢٤٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية لدولة البحرين رقم ١٢/ ١٩٧١ والتى تجيز رفع دعوى لطلب أبطال حكم المحكم ، م ١٥٦ من قانون الاجراءات المدنية التونسية رقم ١٣٠/ ١٥٩ والتى تجيز الطعن على حكم المحكم بالتماس اعادة النظر ، م ٢٨١ من ذات القانون والتى تجيز رفع دعوى أبطال حكم المحكم ، م ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجزائرية رقم ٦٦ – ١٥٤ – ١٩٦٦– والتى تجيز الطعن على هذا الحكم بالتماس اعادة النظر ، م ٥٣٢ من قانون أصول المحاكمات السورى رقم ٨٤ – ١٩٥٣ والتى تجيز الطعن عليه بالاستئناف ، م ٥٣٣ من ذات القانون المتقدم والتى تجيز الطعن عليه بالتماس اعادة النظر ، م ٨٣٩ من قانون أصول المحاكمات اللبنانى رقم ٧٢ – ١٩٣٤ التى تجيز الطعن عليه بالتماس اعادة النظر ، م ٨٤٠ من ذات القانون والتى تجيز رفع دعوى بطلب ابطاله ، ٧٦٨ من قانون المرافعات الليبى الصادر عام ١٩٥٤ والتى تجيز الطعن عليه بالتماس اعادة النظر . م ٧٦٩ من ذات القانون والتى تجيز رفع دعوى بطلب أبطاله ، م ٣٣٢ من قانون الاجراءات المدنية الصومالى رقم ١٩٧٤/١٩ تجيز الطعن عليه بالاستئناف . م ٢٦٤ من قانون المرافعات الكويتى رقم ٦ / ١٩٦٠ تجيز الطعن عليه بالاستئناف . راجع عرض هذه الاحكام فى موسوعة التشريعات العربية ج ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ .

١٩٦ – لمزيد من التفاصيل حول طرق الطعن فى احكام المحكمين ، راجع :
Borel (E.), Les voies de recours contre les sentences arbitrales R.C.A.D.I. (1953, vol. 52), p. 5 et seq

١٩٧ – حول أساس فكرة التماس اعادة النظر راجع : د . فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٨٢٣ .

١٩٨ – راجع فى ذلك Broches, convention....; op. cit, p. 398.
د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، د . محمد يوسف علوان المقال السابق ، ص ١٩٥ .

١٩٩ – الثابت ان التشريعات العربية تختلف فى تحديد اسباب الطعن فى احكام المحكمين ، ولكن معظمها يجيز الطعن عليها باعادة النظر . راجع ماقبله ، وراجع فى الاخذ به القانون التونسى : محكمة التعقيب التونسية ٧٦/١٢/٩ ، القرار رقم ٦٩٠ ، مجلة القضاء والتشريع ، س ١٩ ، ابريل ١٩٧٧ ، ص ٥٦ ، ١٩٨١/٦/٢٢ ، قرار رقم ٣٠٦٠ ، النشرية ، القسم المدنى ، ج ٢ ، ١٩٨١ ، ص ٢٢٦ وحول الدعوة لاستئناف احكام المحكمين ، راجع : Omar, p. 78

٢٠٠ – والاسباب التى سنذكرها فى المتن مأخوذة من التشريعات العربية ، راجع فى ذلك : ٢٤١ مرافعات مصرى ، ١٥٦ تونسى ، ٢٤١ سورى ، ٥٣٧ لبنانى ، ٣٢٨ ليبى ، ١٩٤ جزائرى ، ١٩٦ عراقى . كذا من احكام القضاء فى الدول العربية .
راجع على سبيل المثال :

هوامش

المحكمة العليا لدولة الامارات العربية ، ١٩٧٦/١٢/١٥ ، الدعوى رقم ٤/١ ق عليا ، مجلة العدالة ، س ٤ ، ع ١٥ ، يوليو ١٩٧٧ ، ص ٧٩ . راجع أيضا الهوامش التالية .

والهدف من الاعتماد على المصدرين السابقين فى هذا الصدد هو تحقيق التناسق بين القانون الموضوعى والقانون الاجرائى المطبقان على الخصومة فاذا كان موضوع الخصومة تتم تسويته وفقا للمبادىء القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة ، فيجب ان يتم نفس الشىء بالنسبة لاجراءات الخصومة ما امكن ذلك .

٢٠١ – وقد اخذ القضاء فى الدول العربية بهذا السبب فى العديد من الأحكام ، راجع على سبيل المثال ، محكمة التمييز الأردنية ، ١٩٧٥/٧/٢ ، رقم ٢٨٧ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين الأردنية ، ١٩٧٦ ، ع ٣ – ٦ ، ص ٨٣٨ . محكمة النقض السورية ، ١٩٧٠/٤/١٤ مجلة القانون ، س ٢١ ، ع ٥ ، ص ٤٨٧ ، ١٩٧٦/١٠/٢ ، المرجع السابق ، س ٢٧ ، ع ٧ – ١٠ – ١٩٧٦ ص ٥٨٨ ، محكمة التمييز العراقية ، ١٩٧٧/٢/٢٦ ، رقم ٣٠٠ ، هيئة عامة أولى ، العدالة ، س ٣ ، ع ٢ ، ١٩٧٧ ، ص ٢٧٧ ، حكم ناحية (تونس) ١٩٦٠/١٢/٢٦ ، رقم ٢٢١٠ ، القضاء والتشريع ، ١٩٦١ ، ع ٧ ، ص ٧٦ : محكمة النقض المصرية ١٩٣٩/١٠/١٩ ، ١٩٤٧/١٢/١١ ، ١٩٥٢/٤/١٧ ، ١٩٦٦/٢/٢٤ ، ١٩٦٦/١١/٣٠ ، ١٩٧٠/٢/٢٤ ، ١٩٧٧/١٢/٢١ ، الموسوعة ج ٣ ، ص ٣٩٣ ، ٣٩٥ ، ٣٩٩ ، ٤٠٣ ، ٤٠٧ ، محكمة استئناف مصر ، ١٩٣٠/٥/٥ ، ١٩٣١/٥/٢١ ، ١٩٣١/١٢/١٤ ، ١٩٣٤/٥/٢٧ ، ١٩٣٨/٢/٢٠ ، ١٩٣٨/١٢/٢٥ ، محكمة الاستئناف المختلطة ١٩٣٤/٢/٨ ، ١٩٣٨/٤/٢٦ ، الجدول العشرى ، المرجع السابق ، القواعد : ١٢١٢ ، ١٢١٥ ، ١٢١٦ ، ١٢١٩ ، ١٢٢٤ ، ١٢٢٦ ، ١٢٢٧ ، ١٢٢٠ ، ١٢٢٣ على التوالى .

٢٠٢ – وقد اخذ الفقهاء بهذا السبب فى العديد من احكامه . راجع على سبيل المثال محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٩٣٣/١/١٩ ، الجدول ، قسم ثان ، ق ١٢٢٨ . محكمة النقض المصرية ١٩٥٤/١٢/٢ ، حكمان ، الموسوعة ، ج٣ ، ص ٣٩٧ .

٢٠٣ – راجع فى الاخذ بهذا السبب للطعن بالالتماس :

محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٩٣١/٦/٢٣ ، كوم حمادة الجزئية ، ١٩٣٠/١٠/٢١ الجدول ، قسم ثان ، ق ١٢٣٠ ، ١٢٢٩ ، نقض مدنى مصرى ١٩٥٧/٤/١٧ ، الموسوعة ، ج٣ ، ص ٣٩٥ ، محكمة التعقيب التونسية ، ١٢ /١٩٦٠/٧ ، قرار رقم ٢٠٦٦ ، القضاء والتشريع ، ١٩٦٠ ، ع ٨ ، ص ٥٧ ، ١٩٧٤/٢/٢١ ، النشرية ، ١٩٧٤ ، ج١ ، ص ٤٦ ، نقض سورى ، ١٩٦٧/١٢/١٣ ، مجلة القانون ، س ١٩ ، ص ٥٥ .

٢٠٤ – ويلاحظ ان بعض النظم الدولية قد اوردت الالتماس كطريق طعن فى الاحكام ولكن دون بيان اسبابه تفصيلا . راجع على سبيل المثال م ٣٦ من النظام الاساسى لمحكمة الاوابك حيث تنص على انه أ – لايجوز طلب اعادة النظر فى الحكم الا اذا ظهرت واقعة ، ذات تأثير حاسم لم تكن قبل صدور الحكم فى هذه الواقعة ناشئا عن اهمال طالب اعادة النظر ، معروضة فى : د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩٥ . وفى عرض صياغات مقارنة راجع :

Broches, Op. cit, p. 397 - 398

ولكنا آثارنا ذات المنهج الذى تتبعه التشريعات العربية فى هذا الصدد .

٢٠٥ – وقد اقتبسنا هذا الحكم من اتفاقية المركز الدولى لتسوية المنازعات الاستثمارية راجع فى عرضه :

Broches, Op. cit, p. 397 I 8

هوامش

د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

ويلاحظ ان النظام الاساسى لمحكمة «الاوابك» يجيز الطعن فى احكامها بالالتماس فى خلال مدة ٨ سنوات من تاريخ اصدار الحكم المتمس فيه .

راجع : د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ،ص ١٩٥ .

بينما يقرر النظام الاساسى لمحكمة الجماعات الاوربية جواز الطعن بالطريق السابق فى خلال ١٠ سنوات من صدور الحكم .

راجع : Stein, Op. cit, p. 416

٢٠٦ – جرى العمل الداخلى والدولى فى كثير من الاحيان على عدم جواز الطعن فى احكام المحكمين بالاستئناف . راجع ايضا : Cohn, op. 165

Szasy, L'exequatur..., Op. cit, p. 161

مع ذلك قارن :

محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٧٥/١١/١١ ، قرار رقم ١٠١١٨ ، القضاء والتشريع س ١٨٠ ، ع ١ ، يناير ١٩٧٦ ، ص ٦٩ .

٢٠٧ – جرى العمل الدولى على اجازة الطعن فى احكام المحكمين بدعوى البطلان الاصلية . راجع :

Broches, Op. cit, p. 398

Szászy, L'exeqatur..., Op. cit, p. 161

د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، وفضلا عن ذلك ، فقد توافرت التشريعات على اجازة الطعن فى احكام المحكمين بالطريق السابق ، راجع ما قبله .

٢٠٨ – قارب : Broches, OP. cit, p. 398

علما بانه يتحدث عن شروط ابطال الحكم الصادر من المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار .

٢٠٩ – Broches, Op. cit, p. 398

٢١٠ – وهذا السبب تواقر القضاء على الأخذ به كموجب للالتماس فى الاحكام القضائية ، راجع : محكمة الاستئناف المختلطة ١٩٠٥/١/٢٥ ، ١٩٠٨/٤/١ ، ١٩٢٢/٣/١٥ ، ١٩٣١/١١/١ ، الجدول العشرى ، قسم ثان ، ق ١٢٣٢ . ولكن الثابت أن هذا السبب موجب للبطلان اذا ما تعلق الامر بحكم محكم راجع : د . فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٩٨٩ . ومع ذلك تذهب بعض النظم لاعتباره سبب للنقض . راجع : محكمة التعقيب التونسية ، النشرية ، ١٩٨٠ ، ج١ ، ص ١٤ .

٢١١ – Broches, Op. cit, p. 398

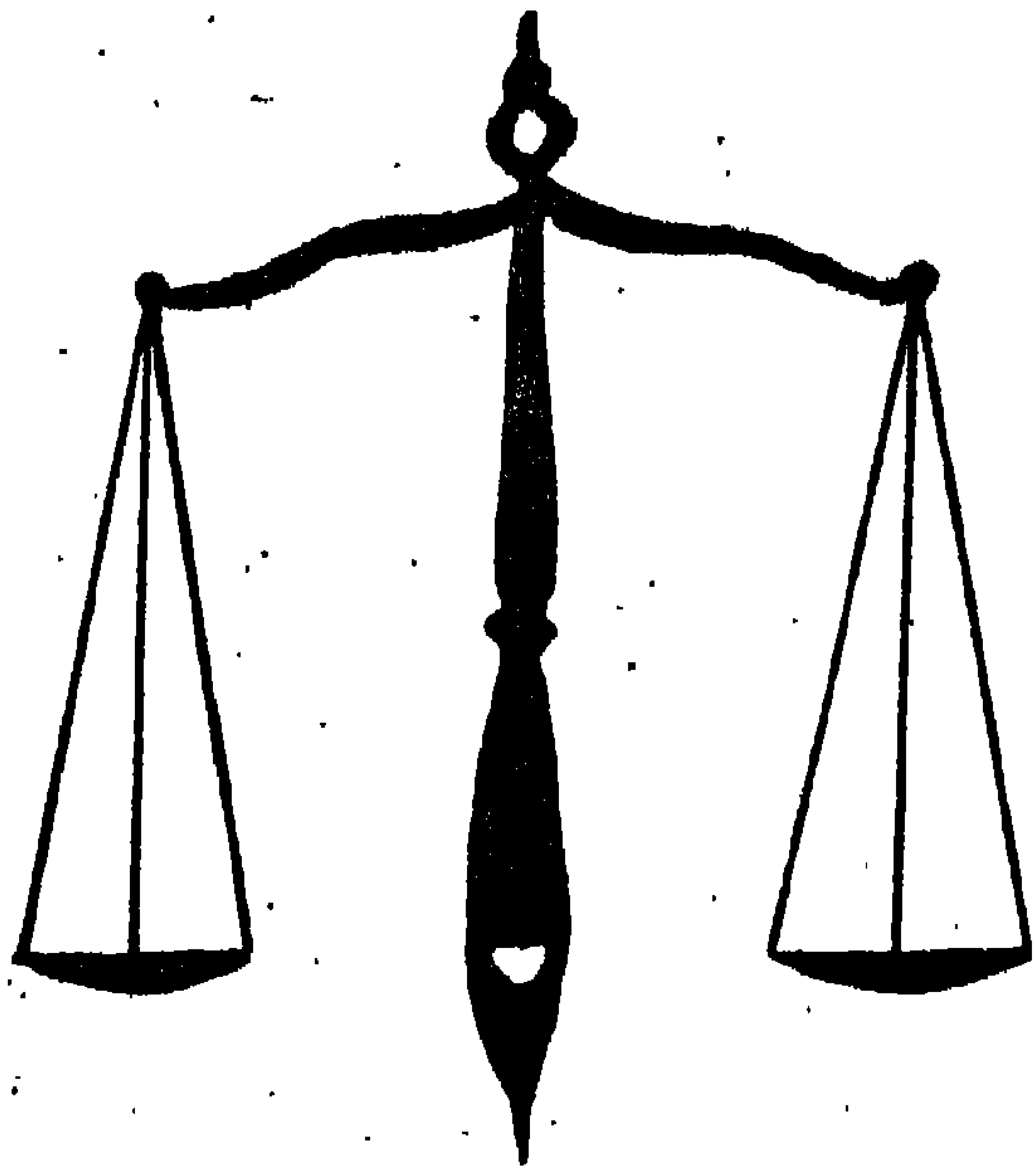
٢١٢ – قارب م ٥١٢/٤ مرافعات مصرى . وتشمل هذه الحالة الفرض الذى تكون فيه اجزاء المنطوق متناقضة بعضها مع البعض الآخر . وقد تواتر القضاء على الاخذ بها كسبب للالتماس فى احكام التحكيم ، ومع ذلك نرى انها سبب من اسباب بطلانه ، لأنه مناط الالتماس هو ثبوت واقعة خافية بعد صدور الحكم ، والثابت ان تناقض اجزاء المنطوق امر يمكن الوقوف عليه عند اصدار الحكم . ومن امثلة القضاء المنوه عنه آنفا راجع : استئناف مختلط ١٩٣٤/٥/١ ، بنى سويف الكلية الاهلية ١٩٣٤/١٠/٢٩ ، محكمة استئناف مصر ١٩٣٦/٦/٢٢ ، شبين الكوم الكلية الاهلية ١٩٣٩/٥/٢٠ ، الجدول القواعد ارقام : ١٢٣٩ ، ١٢٤٠ ، ١٢٤١ ، ١٢٤٢ .

٢١٣ – فى الاخذ بنظر مقارب راجع : Broches, Op. cit, p. 398

نقابة المحامين - أمانة الصندوق

تعلن للسادة الأساتذة الزملاء المتأخرين
عن سداد الاشتراك السنوى حتى الآن أن يبادروا
الى السداد فورا قبل آخر يونيو سنة ١٩٩٠
تلافيا للاستبعاد من الجدول تطبيقا للمادة
١٧٠ من القانون ١٧ سنة ١٩٨٣ .

أمين الصندوق
أحمد عوده
المحامى



دنيا العدل

المحاماة

للسيد الاستاذ عبد الرازق شبيب
المحامي بالعراق

المحاماة ... كتب قيمة

للسيد الاستاذ / عبدالرزاق شبيب المحامي بالعراق

أنواع المرافعات

الدعـاوى كالأمـراض !! والمحامى كالطبيب !!

فالأمراض كثيرة ومتنوعة ، وهى حتى إذا اتحدت فى النوع اختلفت فى الظروف ، والأعراض ، والاختلاطات ، والآلام !! ولكل منها طريقة خاصة للفحص ! وأسلوب معين للمعالجة !! .

والطبيب الماهر ! - هـو الذى يعرف كيف يفحص المريض ليشخص الداء ؛ وكيف يعالج الداء التماسًا للشفاء ..

كذلك الدعاوى تختلف فى الماهية ، وفى النوع ، وان هى اتحدت فى النوع اختلفت فى الظروف والملابسات - وحتى فى الآلام !! - ولكل منهـا طريقة خاصة لدراستها وأسلوب معين لمعالجتها ، وفن خاص لمرافعتها .. .

والمحامى الحاذق ! - هو الذى يعرف كيف يدرس القضية ويهيىء حلها ، وكيف يعد العدة لمعركة المرافعة ! ، وكيف يتفنن لنوال الفوز فى المعركة !

ولهذا ليس هناك شروط خاصة أو أسلوب معين أو سبيل محدد - يمكن بها رسم مخطط خاص للمرافعات - ولكن يمكن اعتبار الخطوط الرئيسية التى احتواها البحث السابق فى (المرافعة) ، خطوطًا عامة مشتركة لكل أنواع الدعاوى ، وألوان المرافعات ...

وعلى وجه الاجمال يمكن تقسيم المرافعات الى صنفين أساسيين - تبعًا لماهية القضايا هما : المرافعات المدنيـة ، والمرافعات الجزائية .

فالأول - يتناول المرافعات فى القضايا الحقوقية .

والثانى - يتناول المرافعات فى القضايا الجزائية .

القضايا الحقوقية :

ويدخل فى مدلولها الدعاوى المدنية ، والتجارية التى تنظرها المحاكم العادية ، والقضايـا المدنية الأخرى التى تنظرها السلطات القضائية : مثل قضايا ضريبـة الـدخل والقضايـا الكمركية ، وقضايا موظفى الدولة ، وقضايا المتقاعدين .

هذا النوع من الدعاوى يتصل فى جوهره بالحق والقانـون والدليل .. وتغلب عليه المسحة العلمية - فليس للمنطق والبلاغة والبيان دخل فى نتيجتها : فإذا كانت الدعاوى الحقوقية مستندة الى دليل قانونى مثبت للحق - فان الحق لا يهدر مهما جوبه بآيات بينات من قوة المنطق ، واعجاز البلاغـة ، وسحـر البيان !!

ولهذا فان كل ما هو مطلوب من المحامى فيها ، هو أن يركز همه على المستند القـوى ! والدليـل الدامـغ ! والنص القانونى .

أمـا الشروط الأخـرى ، والكفاءات الأخرى ، والمؤهلات الأخرى - فانما يستخدمها فى الحفاظ على هذه القيم المتوفرة لديه - مدعيًا كان أم مدعى عليه ، أم شخصًا ثالثًا - وأن

يصد بكل ما أوتى من قدرة ، ومهارة هجمات الخصم فى هدمها ، أو التشكيك فى قيمتها ، أو التقليل من شأنها .

وواضح أن المرافعة فى دعوى تستند الى سند تحريرى ، هى غير المرافعة فى دعوى يقوم الدليل فيها على الشهادات ، أو خبرة الخبراء ، أو دفاتر الخصم ، أو مجرد اليمين القانونية !! .

القضايا الجزائية :

أما القضايا الجزائية فانها تشمل كل الدعاوى الجزائية – سواء أكان مرجعها المحاكم العادية ، أم المراجع الأخرى كالمحاكم الخاصة ، والمجالس العرفية ، ولجان انضباط موظفى الدولة ، وقضايا الكمرك ذات الصبغة الجزائية .

فهذا النوع من الدعاوى لا يعتمد فى جوهره على القانون والأدلة المتوفرة فى القضية – وحسب ... وإنما هو يعتمد فى أساسه على القناعة !! القناعة بالتجريم أو بالبراءة !! والقناعة بعد التجريم بتشديد العقاب أو بتخفيفه ...

وبين التجريم والبراءة ... مسافة شاسعة كالمسافة الكائنة بين السماء والأرض !!

وبين التشديد والتخفيف ... مراحل كثيرة كالمراحل الكائنة بين القسوة والرحمة !!

ولهذا فالمرافعات الجزائية يتسع ميدانها للعلم والكفاءة والموهبة والمنطق والبيان – وفن الاقناع !!

فرب أداء متزن ، ومنطق مقنع ، وبيان خلاب ... تنهار أمامها القلاع الشامخة !! التى بناها الخصم أو الادعاء العام من أكوام الأدلة ، ومجاميع القوانين ، وجيوش الشهود !! فتكون النتيجة البراءة بدلاً من التجريم !! أو تخفيف العقاب بدلاً من تشديده ...

ولكن هذه القدرة فى ميدان القضاء الجنائى ، لا ينالها المحامى بالهام مفاجىء !! ولا تتفتح آفاقها أمامه عفوًا – وإنما تأتيه طائعة بعد درس دقيق ، وعمل متواصل ، ومران طويل .

ولذلك يتعين على المحامى أن يتأمل فى كل قضية جزائية تأملاً خاصًا ، وأن يعد لها العدة على ضوء أهميتها ، وظروفها ، وملابساتها ... وأن يلاحظ الخطوط الأساسية المهمة التالية :–

١ – ادرس درسًا متقنًا من الموكل ذاته ، ومن اضبارة الدعوى ، واستنسخ كل ما فيها من شهادات وتقارير شرطة وتقارير طبية ، وتقارير خبراء ... ثم ادرسها من جديد !! وحدد النقاط المهمة التى ينبغى بحثها !!

٢ – لا تكتفى بدراسة شهادة الشاهد ، بل تحر عن علاقته بالخصم أو بالجريمة !! لكى تعرف بعد ذلك كيف تعالج أمره فى النقاش ؟ وفى أى سؤال تسأل ؟ وأى السؤال تتحاشى ؟ ..

٣ – لاحظ التعارض الكائن بين شهادات الشهود فيما بينهم ، والتناقض الواقع فى شهادة كل منهم على حدة !

٤ – عين خطة الجدول والمرافعة – قبل المرافعة !! لكى تعرف أى شاهد تناقشه ؟ وأى شاهد تتحاشاه ، وأى نقطة تثيرها ، وأى نقطة تبتعد عنها ؟ .

٥ – لا تجعل مجرد الجدل (وظيفة) من وظائفك !! استرضاء للموكل !! الذى يسره الجدل الطويل ولو كان الأمر تافهًا !! أو اعلانًا عن مهارتك أمام المستمعين ... وإنما عليك دائمًا أن تراعى مصلحة الموكل !! ومصلحة الدعوى !! ثم جادل فيما هو ضرورى ومهم !! واهمل ما عدا ذلك من هراء لا يمسك من قريب

أو بعيد ... استمع إليه كما يستمع إليه الصنم !!

فرب سؤال سخيف ، كان جوابه كارثة !!

٦ - ادرس التقارير الفنية دراسة علمية فنية ، ثم استعن بالخبراء واكتسب منهم علمًا يثير لك مسالك الدعوى ، ويهديك فى الدفاع الى الصراط المستقيم ...

٧ - صنف دفاعك بعد ذلك حسب تسلسل الوقائع ، واجعل للوقائع فصلاً ، وللبحث القانونى البحت فصلاً ، وللمسائل الفنية أو المادية فصلاً ، ولمناقشة الشهود والخبراء فصلاً - ثم اخلص من ذلك كله الى خاتمة المطاف !! الى استخدام مواهبك فى بيان الدفاع !! ولغة الاقناع !! وآية الابداع !! .

٨ - وليس معنى ذلك ، أن تقرأ فى المحكمة ما كتبته فى المكتب !! كأنك تتلو مقالة ، أو تقرأ خطبة !! وإنما عليك أن تركز النقاط الأساسية فى ذهنك - ثم تدلى بيانك شفاهًا - بما ملكته من مهارة وسليقة وبيان !!

إن الدفاع الصحيح المؤثر فى جو المحكمة ، وفى ذهن الحاكم ... هو البيان الذى ينطلق به اللسان انطلاقًا يسحر اللب ، ويستهوى السامع ، ويأخذ بمجامع القلوب ... إنه ينساب فى أذن الحاكم انسياب النغم الجميل ، ثم يفعل فعله فى نفس الحاكم فيثير فيها عوامل الرضاء والقبول ، ثم تتحول الانفعالات الى (قناعة) تأخذ سبيلها الى الوجدان لتستقر فيه !! ، ثم يثق الحاكم بنفسه ويطمئن الى وجدانه - فينطق بالحكم !!

وعندها فقط يوسم الدفاع بالبيان !!

★ ★ ★

كان بودى أن أقتطف من روض المحاماة بعض الزهور اليانعة ، من روائع المرافعات المهمة : لها عصر الزهر ، وألوان الورد ، وجمال المحاماة ... غير أن المجال لم يتسع لها فى هذا الكتاب فموعدي بها فى كتاب آخر إن شاء الله .

حق الدفاع مقدس

حق الدفاع مقدس !! كلمة حلوة تتردد فى سوح القضاء كل يوم عشرات المرات - ومع هذا لا تبعث على الملل !! ولا تفقد عذوبتها - فما معناها ؟ وما مداها ؟ .

أن طبيعة النفس البشرية ، وطبيعة مجرى الحياة - لا تحتملان تقسيم البشر الى صنفين :-

فضلاء يستحقون الرعاية والاحترام !! وأدنياء يستأهلون القسوة والاحتقار !!

نبلاء ؟ من الحق أن يكونوا خالدين !! ومنحطين ؟ من الواجبين أن يكونوا هالكين .

هذا التقسيم للبشر ليس فقط نظريًا وخياليًا ، وإنما هو أيضًا ساذج وسخيف .

فالمجرمون ليسوا جميعًا أشرارًا فاسدين ، وليس كل الأشرار يجب أن يقضى عليهم !! ومن قال أن الذين لم يقذف بهم الى القضاء : هم جميعًا شرفاء ، أبرياء ، أطهار ؟ من كل دنس أو جريمة ؟ .

وكم من الجرائم تقترف يوميًا - وأصحابها معززون مكرمون ؟ .

فهل يصح أن نحتقر كل من مثل أمام القضاء ؟ ونحترم كل من كان فى منجا من القضاء ؟ .. لا أظن أن أحدًا يجيب على هذا السؤال بـ (نعم) .

الواقع أن أكثر الجرائم التى تقع فى مجتمع ما - ولا سيما المجتمع المتخلف فى الرقى والثقافة والخلق !! - يرجع أسبابها الى عوامل تقع مسئوليتها على عاتق المجتمع ذاته - كجرائم السرقة والاحتيال

والايذاء والجرائم الأخلاقية وغيرها كثير .

بل أن كثيرًا من الجرائم ترتكب بفعل التقاليد السائدة فى المجتمع كجرائم العرض والآداب العامة .

وأن كثيرًا غيرها ترتكب لأمراض ابتلى بها الفاعلون – سواء أكان المرض نفسيًا أم عقليًا – كجرائم الانتقام والجرائم التى يرتكبها المجانين أو الذين وهنت أعصابهم ، وفقدوا ارادتهم .

وهناك جرائم أخرى تقع عن خطأ فى الفعل ، أو نقص فى التقدير ، أو قضاء وقدرًا – ومع هذا فهى جرائم ... يعاقب عليها القانون ..

وحتى المجرم ، الشرير ، السافل الذى يثور الرأى العام أحيانًا يريد محقه من الأرض وانقاذ البشرية من رجسه ؟ .. هل تعدم جوانب قضيته من جانب يدعو الى التبصر فى وزن عقابه بميزان العدل ؟ وجانب آخر يبعث على الاشفاق به ومنحه الرحمة ؟ هل يعد مستحيلاً فى عرف القضاء أن يكون المتهم فى الواقع بريئًا ؟ والمجرم الحقيقى بعيدًا عن قبضة القضاء ؟

ولنترك المجرم ذاته – أيًا كان نوع جريمته – ولننتقل الى عائلته وأصدقائه ومعارفه ومحبيه – أليس أولئك بشرًا ؟ يتأثرون بالجريمة ؟ ويلحقهم عارها ؟ وقد تكون مصدر تعاستهم وآلامهم ؟ بل هى لمن يعيلهم المجرم تهديد لحياتهم ذاتها اذا ما فقدوا المعيل ؟!!.

ولنترك هؤلاء أيضًا وننتقل الى ميدان أوسع مدى – هو المجتمع : هل من مصلحة المجتمع أن يبتر كل عضو فاسد فيه ؟ وهل فى امكانه أن يقضى على الجريمة بالقسوة البالغة وفساد المجتمع – فهل من الحق أن يسلك المجتمع سبيل الظلم لحماية نفسه من الجريمة ؟!. وهل من العدل أن ينسى المجتمع بأنه شريك فى الجريمة – بتهيئة أسبابها وعواملها – ويصب جام غضبه على الفاعل وحده ؟ .

ولنترك المجتمع كذلك ولنتوجه الى محراب العدالة !! هل من شيمة العدالة أن يترك المتهم ، لا حام يحمى حقه ، ولا ضابط يحدد عقابه ، ولا منه يرشد الى موضع الرحمة والغفران ؟ .

لا ! لا ! إن العدالة لا تعرف الظلم ، ولا تتأثر بالعاطفة ، ولا تعبأ بالاعتبارات !!... ولهذا يسعدها أن تستعين بمن يرشدها الى مواطن الخطأ والصواب ، ومواضع القسوة واللين ، وعوامل الرأفة والغفران !!.

إنها بحاجة الى مرشد نبيل يعينها على تحقيق هذه الرسالة المقدسة !! وما ذلك المرشد إلا المحامى !!.

فدفاعه عن المتهمين – دفاع مقدس !!

فكم من مرة استطاع بها المحامى أن ينقذ متهمًا بريئًا من الموت ؟ .

وكم من مرة استطاع بها المحامى أن يكشف عن أسرار خفية لولاه لذهب كثير من الأبرياء ضحية للعدالة ؟.

كم من مرة استطاع بها المحامى أن ينقذ عائلة من الدمار والعار بانقاذه عزيزهم البرىء من شرور الوقيعة والتلفيق والتزوير ؟ .

كم من مرة استطاع بها المحامى أن يرشد القضاء الى وقائع وأدلة ، تحول اتجاهه من عقوبة الموت الى السجن البسيط ؟ .

كم من مرة استطاع بها المحامى أن يكشف عن سر موكله وعن انسانيته المعذبة ، وعن رغبته فى التوبة ، وعن حاجته الى الرحمة ؟ فاستجاب له القضاء ومنح النفس المعذبة

ما تفتقر إليه من رحمة ؟.

وأخيرًا كم من الناس استطاع المحامى أن ينقذهم من التدهور فى حمئة الجريمة ، ويمنحهم الفرصة النبيلة ، للندم والتوبة والصلاح ؟

إن ميزان العدالة ليختل توازنه ، اذا ما ترك المتهم تحت رحمة جانب واحد هو المشتكى ، والمدعى العام ، والشهود ، والأدلة ... ولهذا ينبغى أن يقوم فى الجانب الآخر (رقيب) يتولى حماية المتهم من الهجوم والاستعداء ، و (يرشد) العدالة الى مواطن القوة والضعف ، ومواطن الخطأ والصواب ، ومواطن القسوة والرأفة .

فالاتهام والدفاع - اذن ضروريان لحفظ التوازن - فى ميزان العدل ! .

يستخلص العدل من تعارضهما ، وتناحرهما ، وحججهما - وجه الصواب :

فترجح كفة الحق على كفة الباطل ؟

وترجح كفة الرحمة على كفة القسوة ؟

وترجح كفة البراءة على كفة التجريم ؟

فالدفاع عن المتهم هو حق - وحق مقدس !!

ان هذه (القدسية) لحق الدفاع - وحدة لا تقبل التجزأة :- فإما دفاع وإما لا دفاع ، وإما دفاع كامل حر ، وإما حرمان من الدفاع ...

إن هذا الحق المقدس يرتكز الى دعامتين أساسيتين هما :-

الأولى - أن المتهم حر فى اختيار من يشاء من المحامين ، للدفاع عنه : لا يملك أحد حق الاعتراض عليه فى ذلك ، أو قهره على اختيار محام بعينه !!. ما دام الأساس الذى يقوم عليه التوكل هو الثقة ! ، وما دام المحامون أمام القضاء سواسية !!

الثانية - أن المحامى حر فى التصرف بالدعوى ، يملك كل الحقوق التى تمكنه من أداء واجبه : فهو حر فى أن يقرأ كل الأوراق ، ويطلع على كل المستندات ، ويناقش كل الأدلة ، ويصارع كل الشهود ، ويقول كل ما يشاء .. ما دام الأساس الذى يقوم عليه الدفاع هو الحرية فى العمل .

فان اختل أساس من هذين الأساسين - اختل الركن الذى يقوم عليه حق الدفاع ، واختلت قدسيته ، واختل ميزان العدل !!

★ ★ ★

إن حرية الدفاع لم تعد محل نقاش .. فقد أحيطت بهالة من القدسية والاحترام منذ القديم ، وفى جميع الأنظمة القضائية ، ولم يشذ عن ذلك حتى القضاء السوفيتى - على الرغم من اختلاف نظامه القضائى عن الأنظمة المعمول بها فى العالم ... فقد جاء فى كتاب (القضاء فى الاتحاد السوفيتى) فى معرض تمتع المحامى بحريته فى الدفاع بأن قال - فى الصفحة ١٠٥ - (وهو فى مرافعته حر بأن يدلى بشتى ما يريد من وجهات للنظر والأدلة ، وبأن يناقش جانب الادعاء ، وينتقد وجهات نظره ، وأن يصف ظروف القضية من الناحية القانونية كما يريد .

وهو حر فى اختيار أسلوب مرافعته ومدتها ، لأنه يتمتع فى المحاكمة بنفس الحقوق التى يتمتع بها (جانب الادعاء) .

لقد نوقشت هذه الحرية فى عهود متوغلة فى القدم ، وانتهى البحث فيها الى اقرار ما ورد على لسان المدعى العام الفرنسى المشهور - شيه دى ابستانج - عندما حاول أن يحدد مدى حق الدفاع فى مرافعته فقال (إن حرية الدفاع ملك للمحامين ، يستغلونها للمصلحة العامة ، لمصلحة الجمهور وليس لأحد أن يعتدى عليها) .

وهكذا استقر فى الذهن أن حرية الدفاع عديمة الحدود طليقة من القيود ! ثم جاءت قوانين المحاماة – وأى قانون آخر – فى العالم مؤيدة بهذا الحق ، عاملة على صيانته من الاستعداء عليه أو الاخلال به – وقد أخذ بذلك قانوننا الجديد – قانون المحاماة – فقد جاء فى المادة (١٦) منه ما يلى : (للمحامى أن يسلك أى طريق مشروع فى الدفاع عن موكله ، ولا يكون مسئولاً عما يورده فى مرافعاته خطية كانت أم شفوية – مما يستلزمه حق الدفاع) .

والموضوع الدقيق الذى يعترض سبيل هذا الحق هو ما ينشب عادة – بين الحاكم وبين المحامى من نقاش : فقد يتقدم المحامى بطلب الى المحكمة متوخيًا فيه تأمين مصلحة من مصالح الدفاع ، فلا تجيبه المحكمة الى طلبه مدعية أنه خارج عن حق الدفاع !! أو أنه لا تعلق له بالدعوى ! ، أو أنها غير مقتنعة بوجاهة الطلب ... وما إلى ذلك من أسباب تؤدى فى كثير من الأحيان الى الاحتكاك وتطاير الشرر !!.

وقد (يعجز) المحامى فى الابانة عن مقصده ، فيستعمل لفظة غير ملائمة ، وقد (تفلت) منه أثناء المرافعة كلمة تعتبرها المحكمة نابية ، وقد (تجرى) على لسانه خلال المناقشة عبارة تعدها المحكمة اهانة لها .

ففى جميع هذه الحالات وغيرها ، تتجلى قيمة (الحلم) فى التغلب على توتر الأعصاب و (التسامح) المطلوب من الطرفين – للوصول الى تفاهم ودى (يبقى) على الاحترام المتبادل بينهما ، و (يصون) حق الموكل من أن تصهره نار الغضب ، فيذهب هدرًا أو بددًا .

ومهما تكن أسباب النقاش بين الحاكم وبين المحامى ، ومهما تبلغ بينهما سورة الغضب ، ومهما يحاول الحاكم أن يتصلب فى رأيه ، أو يتعنت فى موقفه ، أو يتحكم فى تصرفه – فان حق الدفاع يظل فى علياء سمائه محترمًا مقدسًا مصونًا ...

فمن غير المعقول أن يطلب الى المحامى – ولا سيما أثناء المرافعة – أن يزن (ثقل) الفاظه كما يوزن الجواهرى جواهره ؟. أو (يقيس) كلماته كما يقيس السائر خطواته ..

ان الارتجال أصعب أنواع الكلام !!، فليس من السهل الوقاية من العثرات ، وليس من الممكن صيانة اللسان من الفلتات ... وليس من العدل أن يهجر القصد ويصار الى التأويلات ...

ان التفريق بين حقين مقدسين هما : احترام القضاء ، وحرية الدفاع لجدير بالتأمل والرعاية ، وان التوفيق بينهما ضرورة تتطلبها طبيعة العمل فى سوح القضاء ... فلندع حرية الكلام تسود فى قاعة المحكمة – قبل أن تسود فى ميدان آخر ؟ ولنفسح المجال كاملاً لتنمية الانطلاق فى الكلام والارتجال فيه – فهما من نعم الحياة !! ولنفتح الباب على مصراعيه لسحرين حلالين هما – البلاغة والبيان ...

الطعن فى الأحكام

لا تنتهى الدعوى بصدور الحكم فى مرحلتها الأولى ، ما لم يمر الحكم من مراحله القانونية الأخرى ، أو تفوت عليه المدد القانونية – وفى الحالتين يصبح الحكم قطعيًا ، وتكتسب الدعوى درجة البتات .

فواجب المحامى لا ينتهى ما لم يلاحق الدعوى حتى نهايتها ، ويصبح حكمها حكمًا لا سبيل الى تغييره أو التعرض له ...

فهو إن كسب الدعوى ابتداءً – عليه أن لا تأخذه نشوة الفرح ، وينام عن واجباته التالية : فالخصم لا يستسلم بسهولة ، بل يلجأ الى استعمال حقوقه القانونية فى استئناف

الحكم أو تمييزه - وقد يتغير الحكم انتهاء لصالح الخصم .

وكذلك إن هو خسر الدعوى ابتداءً - فما ينبغى له أن ييأس ، ويتخلى عن واجبه فى استعمال الطرق القانونية طالبًا تغيير الحكم ، وقد يتغير الحكم ويؤول انتهاءً لصالحه .

فانتهاء الدعوى اذن فى الدور الأول من أدوارها القانونية ، لا يعنى سوى انتهاء المعركة الأولى من معاركها ... وهى بطبيعة الأمر أهم المعارك طرًا .

إن الطعن فى الأحكام - أو مراجعة الطرق القانونية على الأحكام - هو موضوع طويل يقتضى له بحوث مستفيضة لكل نوع من أنواع الحكم وهذا بالطبع بحث من مباحث القانون التى تدخل فى نطاق (علم المحامى) .

غير أنى لاحظت أثناء عملى أن بعض الزملاء يلتبس عليهم الأمر أحيانًا فى الأحكام القانونية المتصلة بالطرق القانونية لاصلاح الحكم لتشعب البحث ، وتنوع مصادره ...

وليس بدعًا أن أقول أن كثيرًا من الدعاوى يخسرها بعض المحامين لا لأنها فى الأصل تجانب الحق ، بل لأن المحامى يجهل الخطوط الأساسية للطعن فى الأحكام ... إما لجهله للباب التى يجب أن يطرقها ، وإما لجهله للمدة القانونية المحددة لذلك ..

ولهذا استكمالاً للبحث ، وتيسيرًا للمراجعة عند الضرورة ، وددت أن أضع ما يشبه الخطوط البيانية للبحث :-

١ - الدعاوى الحقوقية

ان الطرق القانونية للطعن فى الأحكام الحقوقية هى ستة :

(١) الاعتراض على الحكم الغيابى .
(٢) اعتراض الغير .
(٣) الأستئناف .
(٤) اعادة المحاكمة .
(٥) التمييز .
(٦) تصحيح القرار التمييزى .

الاعتراض

كل حكم غيابى عرضة للاعتراض عليه فى نفس المحكمة التى أصدرته .

فان كان الحكم الغيابى صادرًا من محكمة بداءة أو من محكمة استئناف - فان مدة الاعتراض عليه هى عشرة أيام من اليوم التالى لتاريخ التبلغ بالاعلام .

أما إذا كان الحكم غيابى صادرًا من محكمة الصلح - فان مدة الاعتراض عليه هى خمسة أيام .

إن الحكم الغيابى إما أن يكون قد صدر ضد المدعى عليه ، وقضى بالزامه بأن يدفع للمدعى الشيء المحكوم به - ففى هذه الحالة يتبع حكم الفقرة الأولى من المادة (١٧٩) من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية وهذا نصها (١ - يكون الاعتراض على الحكم بعريضة تحتوى على الأسباب والعلل التى من شأنها أن تدفع دعوى المحكوم له وتعدل أو تبطل الحكم الغيابى) .

أى أن المحكوم عليه لا يقبل منه الأعتراض الخالى من الأسباب القانونية التى تناقش أسباب الحكم الغيابى ، وتدعو الى تغييره أو ابطاله فيما لو صحت .

أما إذا كان الحكم الغيابى قد صدر ضد المدعى ، وقضى باسقاط حق محاكمته مؤقتًا - ففى هذه الحالة لا يحتاج المدعى فى عريضة اعتراضه الى ايراد أسباب معينة للاعتراض ، بل حسبه أن يقدم الاعتراض خلال مدته القانونية ..

بذلك قضت الفقرة الثانية من المادة المذكورة وهذا نصها (٢ - أما إذا كان الحكم الغيابى

يتضمن اسقاط حق المدعى فى المحاكمة مؤقتًا فقط ، وقدم المدعى اعتراضًا على الحكم المذكور فى المدة القانونية ، فلا يشترط أن يبين أسباب الاعتراض) .

واللائحة الاعتراضية ليس فيها تزمت أو تقيد !! فهى بسيطة جدًا .. فحسبها أن يذكر المحكوم عليه فيها سببًا لتخلفه عن الحضور - ولو كان سخيفًا !! ثم يورد الأسباب القانونية التى من شأنها - لو صحت - أن تجعل الحكم الغيابى عرضة للتعديل أو للإبطال ...

الاستئناف

أما استئناف الحكم فحيث أنه ينتقل بالدعوى من مرحلة (الحكم البدائى) الى محكمة أخرى تملك تغييره أو إبطاله إن اقتضى العدل ذلك - كان الاستئناف يقتضى له دراسة قانونية كاملة - يقتضى له دراسة الحكم البدائى دراسة دقيقة ، ومناقشة الأسباب التى بنى عليها الحكم البدائى مناقشة موضوعية وقانونية ...

واللائحة الاستئنافية يجب أن تتضمن الأسباب الداعية الى الطعن فى الحكم البدائى ، وأن تنسق الأسباب تنسيقًا ييسر دراسة الدعوى ، ويركز النقاط المهمة التى يتوقف على حلها الفصل فى الدعوى الاستئنافية .

قالت المادة (١٩٥ / ١) من القانون المذكور ما يلى (يجوز الطعن بطريق الاستئناف فى الأحكام الصادرة بدرجة أولى من محاكم البداءة فى الدعاوى التى تزيد قيمتها على خمسمائة دينار . وفى الأحكام المتعلقة باشهار الافلاس مهما كانت قيمة الدعوى) .

ومدة الاستئناف هى خمسة عشر يومًا ، تبدأ من اليوم التالى لتاريخ التبلغ بالحكم البدائى - سواء أكان وجاهيًا أم كان غيابيًا .

وهناك أحكام أخرى تتعلق بالاستئناف المتقابل ، لابد فيها من الرجوع الى النصوص القانونية عند الحاجة .

التمييز

لا يعد طريق التمييز - نظريًا - درجة من درجات المحاكم !! ولهذا فلا تجرى المرافعات الاعتيادية فى محكمة التمييز - إلا فى حالات نادرة تقررها المحكمة بجمع الطرفين للاستيضاح منهما أو من أحدهما - وإنما التدقيقات التمييزية تجرى على أوراق الدعوى فقط !!

. إن محكمة الاستئناف هى درجة من درجات المحاكم تجرى فيها (المرافعات) كما تجرى فى محكمة البداءة تمامًا - ففى استطاعة كل من الطرفين - فى الاستئناف - أن يوضح نقطة غامضة ، أو يشرح بحثًا مقتضبًا ، أو يثير نقطة قد تكون حاسمة ، أو يبرز مستندًا لم يسعفه الحظ فى ابرازه فى محكمة البداءة - بينما هذه الفرص مفقودة فى التمييز ، لأن محكمة التمييز لا تجرى (مرافعات) وإنما (تدقيقات) - وحسب !!

ولهذا يتعين على المحامى أن لا يغفل هذه النقطة الأساسية ، بل يعوضها بلائحة تمييزية واضحة تمام الوضوح ، متضمنة كل النقاط المهمة ، مركزة للبحث تركيزًا كاملاً - فاللائحة التمييزية هى آخر سلاح يشهره المحامى فى ميدان المعركة ؟، وهى آخر جهد يبذله فى ميدان الأمانة !، للظفر بحق موكله الذى أصابه الجور أو الهدر ، - بسبب الحكم الخاطىء .

رسمت المادة (٢١٧) من القانون المذكور الخطوط الأساسية للتمييز فقالت :-

(المادة ٢١٧ - ١ - يجوز الطعن بطريق التمييز فى الأحكام الوجاهية والغيابية

الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداءة بدرجة أولى أو أخيرة ، ومن محاكم الصلح .

٢ - مدة التمييز ثلاثون يومًا للأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداءة ، وثمانية أيام للأحكام الصادرة من محاكم الصلح - تبدأ من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو تفهيمه .

٣ - اذا طعن أحد الطرفين بطريق التمييز في الحكم الصادر عليه في مدته ، فللطرف الآخر أن يطعن فيما يمس حقوقه من الحكم المذكور بطريق التمييز - وإن انقضت مدة التمييز بالنسبة إليه) .

تصحيح القرار التمييزي

إن تصحيح القرار التمييزي يعني اعادة محكمة التمييز نظرها في القرار الذي أصدرته - إذا ما توفر سبب من الأسباب القانونية التي رسمها القانون لذلك .

إن هذا الطريق هو طريق غير اعتيادي ، ولهذا فالأحكام الخاصة به هي أحكام صلبة ! لا تحتمل التساهل في الشكليات ، ولا التوسع في التفسير ...

والأصل أن كل الأحكام الصادرة من محكمة التمييز ، هي أحكام قطعية لا سبيل الى الاعتراض عليها أو فتح بابها من جديد .. إلا بهذا الطريق الاستثنائي ، المقتصر على الحالات الخاصة التي عينها القانون تعيينًا في الباب الخاص بتصحيح القرار التمييزي .

وهذه المسألة الدقيقة كثيرًا ما كانت مدعاة لانزلاق بعض المحامين في هوة (الجهل بالقانون) ! فيتقدم أحدهم بطلب تصحيح القرار - بينما القرار لا يحتمل ذلك قانونًا ...

وكان الرأي الذي جرى عليه القضاء العراقي يقول بأن هذا الطريق الاستثنائي ما دام قد ورد حكمه في المادة (٢٣١) من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية فقط ، فانه يقتصر على الدعاوى الحقوقية التي تناولها القانون المذكور وحده ... وما عداها من القرارات التمييزية المتعلقة بقوانين أخرى - فلا يجوز طلب تصحيحها .

ثم استقر أخيرًا اجتهاد محكمة التمييز على توسيع هذا الحق - بداعي أن حكم القانون قد جاء مطلقًا - وجعله شاملاً لكل القرارات التمييزية .. إلا القرار المتعلق بقانون خاص ورد فيه نص صريح يقول : بأن القرار التمييزي يعد (قطعيًا) أو (نهائيًا) !!... ففي هذه الحالة فقط يمتنع تصحيح القرار ما دام القانون قد أوصد دونه الباب .

ولأهمية التقيد بالأحكام التي تضمنتها المادة (٢٣١) - أورد نصها فيما يلي :-

(أ - لا يجوز الطعن في قرارات محكمة التمييز إلا عن طريق طلب تصحيح القرار ، ولا يقبل طلب تصحيح قرار محكمة التمييز إلا إذا وجد سبب من الأسباب الآتية :-

١ - إذا كان طالب التصحيح قد أورد فيما أورده الى محكمة التمييز من اعتراضات سببًا صحيحًا من الأسباب القانونية التي تستلزم النقض أو التصديق - وأغفلت المحكمة تدقيقه والبت فيه في قرارها التمييزي .

٢ - أن يوجد في تشكيل محكمة التمييز أو قرارها ما يخالف أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر .

٣ - أن تكون ضمن الأوراق التي قدمت الى محكمة التمييز -وكانت موضوع النظر والتدقيق - ورقة فيها غش أو تزوير ، مؤثر في نتيجة الحكم ويستلزم تغييره .

٤ - أن يكون القرار المطلوب تصحيحه مناقضًا بعضه لبعض ، أو أن يكون

مناقضًا لقرار سابق لمحكمة التمييز - صادر في نفس الدعوى دون أن يتغير الخصوم فيها ذاتًا وصفة .

ب - لا يجوز النظر والخوض في غير الأسباب القانونية التي أوردها طالب التصحيح في عريضته) .

والمدة القانونية لطلب تصحيح القرار هي سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغ القرار التمييزي .

تنظيم اللائحة :

ليس في تنظيم هذه اللائحة أسلوب معين ، يعدو اللائحة التمييزية ، باستثناء النقطة البارزة في هذا الموضوع : وهي وجوب توفر سبب من الأسباب الأربعة المارة الذكر - حصرا - فان فقد السبب، فلا مجال لطرق هذا الباب !!

والقرار التمييزي الذي يصدر بشأن طلب تصحيح القرار ، هو واحد من الحالات الآتية :-

١ - إذا وجد الطلب غير مستند الى سبب من الأسباب الأربعة رفض شكلاً !! أي من غير خوض في الأساس ، وتصادر التأمينات البالغ قدرها عشرة دنانير .

٢ - فان توفر السبب القانوني لقبول الطلب شكلاً ، ثم ظهر للمحكمة أن الاعتراض لا يؤثر في نتيجة قرارها - تقبل الطلب شكلاً ، وترده موضوعًا !!

٣ - أما إذا إتضح للمحكمة أن الاعتراض صحيح ، ومؤثر في نتيجة الحكم - فانها تقرر تصحيح قرارها ، وتنقض الحكم المميز ، وتصدر توجيهاتها القانونية أسوة بالقرارات التمييزية الاعتيادية .

٢ - الدعاوى الجزائية

أما الطعن في الأحكام الصادرة في القضايا الجزائية ، فانه أبسط مما هو في القضايا الحقوقية وأقل تعقيدًا ... ويمكن تقسيم البحث فيه الى ثلاثة أقسام ، تبعًا لأنواع الجرائم الثلاث : المخالفات ، والجنح ، والجنايات .

المخالفات :

إن الحكم الصادر في جريمة مخالفة (أي أن الحد الأقصى لعقوبة المادة الجرمية هو الحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر) تابع للتمييز لدى المحكمة الكبرى التابعة لها المحكمة التي أصدرت الحكم خلال مدة هي خمسة عشر يومًا من تاريخ الحكم .

والحكم الصادر تمييزًا من المحكمة الكبرى ، هو الآخر خاضع للتمييز لدى محكمة التمييز - خلال مدة هي سبعة أيام من تاريخ الحكم .

الجنح :

أما إذا كان الحكم صادرًا في جريمة جنحة - (أي أن الحد الأقصى لعقوبة المادة الجرمية هو الحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنين) سواء أكان الحكم صادرًا بدعوى موجزة ، أم كان بدعوى غير موجزة - فان (الحكم) بالبراءة أو بالتجريم - تابع للاستئناف لدى المحكمة الكبرى ، خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدور الحكم .

أما (القرارات) الأخرى كالافراج أو رفض الشكوى - فانها تابعة للتمييز - لا للاستئناف - لدى المحكمة الكبرى .

كذلك الحال في (القرارات) الصادرة من حكام التحقيق - مهما كان نوعها - كرفض الشكوى ، وحفظ الأوراق ، وتوقيف الشخص ، ورفض توقيفه ، واطلاق سراح الموقوف ، والافراج عن المتهم ، والاحالة على المحاكمة ... هذه القرارات تابعة للتميز لدى المحكمة الكبرى . ومن ثم يخضع قرارها

لرقابة محكمة التمييز .

وقصارى القول : لا يستأنف إلا الحكم الصادر بالبراءة أو بالتجريم - من حاكم الجزاء . أما إذا صدر بذلك من المحكمة الكبرى نفسها - فانه لا يستأنف بالطبع ، وإنما يميز لدى محكمة التمييز .

الجنايات :

أما إذا كان الحكم صادرًا فى جريمة جناية (أى أن عقوبة المادة للجريمة تتجاوز حد الجنحة) فالحكم إذًا صدر من حاكم الجزاء الأول فان حكمه يستأنف لدى المحكمة الكبرى خلال مدة هى خمسة عشر يومًا ، ثم يميز حكمها لدى محكمة التمييز خلال شهر واحد . أما إذا صدر الحكم من المحكمة الكبرى نفسها - فان حكمها يميز لدى محكمة التمييز خلال شهر واحد .

وهناك حالة خاصة فى الأحكام التى تصدرها المحكمة الكبرى بصفتها الأصلية - أى الأحكام التى تصدرها فى الدعاوى المنظورة من قبلها حسب اختصاصها ، والتى هى تصدر فيها الحكم الأصلى - فان هذه الأحكام تميز من نفسها ، بصورة آلية بحكم القانون .

فان المادة (٢٣٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادى ، أوجبت على المحكمة الكبرى أن ترسل أوراق الدعوى التى بتت فيها ، الى محكمة التمييز رأسًا لتدقيقها تمييزًا - خلال سبعة أيام من تاريخ صدور الحكم أو تفهيمه .

وهذا التمييز (الجبرى) لا يحرم أصحاب العلاقة من استعمال حقهم القانونى فى التمييز (الاختيارى) إن هم شاؤا ذلك ... فلهم أن يقدموا الى محكمة التمييز لائحة تمييزية يضمنونها آرائهم وطلباتهم - بذلك قضت المادة (٢٣١) من القانون المذكور .

وإذا كانت هذه المادة قد حددت لتقديم اللائحة التمييزية مدة خمسة عشر يومًا من تاريخ صدور الحكم - فالواقع أن محكمة التمييز لا ترفض اللائحة ، إذا ما وردت اليها بعد فوات المدة المذكورة : ذلك أن الدعوى مطروحة أمامها للتدقيق تمييزًا بحكم القانون ، فلا مانع يمنعها من قبول اللائحة التمييزية - ما زالت الدعوى لم يبت فيها بعد - للاستئناس بها .

وهناك حالات تدعو أحيانًا الى الالتباس أو قد يفوت على البعض ملاحظتها - وددت أن أوجزها فى الملاحظات التالية :-

الأولى : أن الفرق بين الاستئناف والتمييز - هو كالفرق بينهما فى ميدان القضاء المدنى : أى أن المحكمة الكبرى بصفتها الاستئنافية ، تدعو الطرفين المتخاصمين الى المحاكمة ، وتستمع الى طلباتهما ومناقشاتهما ، وتصدر الحكم بمواجهتهما .

أما النظر فى الدعوى تمييزًا فانه يجرى بتدقيق الأوراق فقط .

الثانية - أن الحكم الصادر فى جنحة - والتابع لطريق الاستئناف - وقد فاتت عليه المدة المعينة للاستئناف يجوز تميزه لدى المحكمة الكبرى نفسها .

الثالثة - اذا صدر حكم واحد فى جريمتين إحداهما جنحة - فالحكم يكون تابعًا للاستئناف ، وإن كانت الجريمة الثانية - مخالفة أو جناية - تابعة فى الأصل للتمييز . والسبب فى ذلك هو أن (الاستئناف) طريق اعتيادى من الطرق القانونية لا يجوز حرمان ذى العلاقة منه ، وهو أيضًا أكثر نفعًا للمتخاصمين - لأنه يوفر لهما المرافعة والاستماع الى وجهتى نظرهما وصدور الحكم بمواجهتهما .

تنظيم اللائحة :

وسواء أكانت اللائحة استئنافية أم كانت تمييزية ، فليس لها شكل معين ، ولا تتطلب توفر شروط بذاتها : فحسبها أن تناقش الحكم الصادر من ناحيتين :-

الأولى : الوقائع - فهل أن وقائع الدعوى ثابتة ؟ وإن ثبتت فهل هي بكافية لحصول القناعة على ارتكاب الجرم ؟ وإن كان الحكم يستند الى اعتراف أو شهود أو وثائق تحريرية - فينبغى فحص هذه الوقائع على ضوء الأحكام الجزائية العامة ، وتوفر عامل القناعة .

الثانية : القانون - فحيث أن الأساس الذى يقوم عليه القضاء الجنائى ، هو أن لا عقوبة بدون نص قانونى تتوفر فى تطبيقه أركان الجريمة تطبيقًا تامًا - فيجب دائمًا ملاحظة التطبيق القانونى ملاحظة دقيقة : فهل ان المادة القانونية الموجهة للمتهم ، منطبقة على الفعل المنسوب إليه أم غير منطبقة ؟ وهل أن أركان الجريمة متوفرة كلها توفرًا تامًا ؟ أم اختل بعضها وبذلك فقدت الجريمة ذاتها ؟.

وإذا كانت المادة القانونية منطبقة انطباقًا تامًا - فهل هناك مجال لتخفيف العقاب ؟ أو مخرج لايقاف تنفيذ العقوبة ؟.

والخلاصة : ليس المطلوب من المحامى أن يكرر فى لائحته الاستئنافية أو التمييزية ، ما سبق له أن أورده فى دفاعه المسجل بضبط الدعوى ، أو فى لوائحه ومذكراته ، وإنما المطلوب منه مناقشة الحكم مناقشة موضوعية ، وتركيز البحث فى نقاط أساسية واضحة ، وتوخى الايجاز فى القول ، والبيان فى البيان !!

★ ★ ★

وهكذا يتبين من هذه الخطوط البيانية للأبحاث المتشعبة !، والأرقام المعقدة ! أن أمانة المحامى لا تنتهى فى مرحلة من مراحل الدعوى بل تظل قائمة حتى نهايتها قطعيًا :

فالأمانة المفروضة قبل اقامة الدعوى باسداء النصح بالعدول عن اقامتها لعدم ضمان نجاحها ، تظل قائمة أيضًا أثناء سير الدعوى ، عندما يلوح للمحامى أن وجهها قد تغير من أمل النجاح الى احتمال الخسران - أن يقدم النصح لموكله بترك الدعوى بشكل ما - كما مر البحث فى محل آخر .

وعند صدور الحكم فى الدعوى لغير صالح الموكل تظل الأمانة قائمة أيضًا : فان وجد المحامى الحكم صحيحًا ، فعليه أن يفهم موكله بأن لا فائدة من التمادى فى التقاضى ، ويسدى له النصح بعدم جدوى اللجوء الى مراجعة الطرق القانونية على الحكم - ما زال الحكم للأسباب التى بنى عليها صحيحًا ، وما زال هو أيضًا قد اقتنع بصوابه وتجاوبه مع الحق والقانون ...

وبذلك يتفادى المحامى الجهد العابث ، واشغال القضاء بجهد ضائع !! وتعريض موكله الى نفقات جديدة ليس من الذمة انفاقها - وبذلك يعمل على ايصال الحق الى صاحبه فى أقرب وقت دون اطالة أو تسويف ... وبذلك أيضًا يسدى خدمة للقضاء ، وللموكل ، وللخصم ، وللمحاماة .

غير أن هذه المسألة فى عالم القضاء دقيقة للغاية : فما كل حكم يلوح لك موافقته للقانون هو فى الواقع كذلك ! وما كل ما يحملك على الاقتناع بصوابه ، يحمل محكمة التمييز على الاقتناع بصوابه أيضًا !!

فقد يكون لمحكمة التمييز رأى آخر يهدم كل الأسباب التى بنى عليها الحكم !! ويجعل الحكم المميز خاطئًا لأسباب كثيرة !! ويزيل خطأه بقرار يغير وجه الدعوى !!

ولهذا ينبغى للمحامى أن يحترس !! وأن لا يتعجل فى تكوين فكرة عن صواب الحكم ابتسارًا ... بل عليه أن يدرس الحكم بدقة وتأمل وامعان ، ويناقش الأسباب التى بنى عليها مناقشة علمية متزنة ، ثم يعود الى المراجع القضائية ونصوص المواد القانونية للتثبت من صحته – فان أصبح بعد ذلك كله (مؤمنًا) بصواب الحكم وموافقته للحق والقانون – جاز له أن يتفادى الطعن فيه .

أما إن قام فى ذهنه أدنى شك أو تردد !! – فما عليه إلا أن يطرق كل أبواب القضاء ليصل بذلك الى حكم قطعى سليم ، يطمن به وجدانه ، ويؤدى آخر ما فى عنقه من أمانة ...

★ ★ ★

إن الطعن فى الأحكام : سبيل قويم من سبل النظام القضائى الكامل ، لاصلاح الخطأ الذى يقع فيه الحاكم ، فيسبب للمحكوم عليه – أو لضحية القضاء !! – أذى أو كارثة سواء أكان مرد الحكم الخاطىء هو خطأ فى الاجتهاد ، أو جهل فى القانون ، أو شرود فى الذهن ، أو تقصير فى التدقيق ...

والطعن فى الأحكام كذلك ، هو ليس مجرد وسيلة لاصلاح (خطأ القضاء) فقط ، ولا هو مجرد درس عملى لما يجب أن يكون عليه الحكم الصحيح وحسب !

وإنما هو أيضًا – للمحامى وللحاكم معًا – نعمة من نعم القضاء العادل ..

هو للمحامى نعمة : لأنه إن كان هو قد كسب الحكم ابتداء ، ثم صدق الحكم انتهاء – ازداد وثوقًا بصدق موقفه ، وامتلأت نفسه حبورًا لرجاحة رأيه ...

وإن هو خسر الدعوى ابتداء ثم كسبها انتهاء – فان اعتداده بنفسه يتعاظم ، وشعوره بالفرح والغبطة يتضاعف ! .

وهو للحاكم نعمة : فالحاكم الذى ينطوى جنبه على ضمير حى ، يتعذب عذابًا أليمًا لحكم نطق به ، ثم اتضح له أنه كان خاطئًا أو ظالمًا ... إنه يشعر بأنه قد ارتكب خطيئة بالغة ، فتراه فى نهاره شارد الذهن قلق النفس معذب الضمير ، وفى ليله يتلوى فى فراشه يؤرقه تبكيت الضمير فلا يذوق جفناه الكرى ! وإن هو استطاع أن يغتصب النوم اغتصابًا فى الزيع الأخير من الليل فانه ينتفض من فراشه بغتة : لأن طيف الضحية قد زاره فى المنام منبًا أو منتقمًا !! – فانتفض من فرط التأنيب !! أو من قسوة الانتقام !!

ولهذا تراه لا يجد منجى له من هذا العذاب المقيم ، إلا بالتعاون مع ضحيته والهرع وإياه الى المحكمة التى تملك اصلاح الحكم الخاطىء يرجوها بالتماس وتضرع ، تخليصه من عذاب الجريمة التى اقترفها !!، وانقاذ ضميره من هواجس الوخز والتبكيت !!

وهو لن يعود أبدًا إلى سالف هدوئه ، ولن يتخلص مطلقًا من هذه الهواجس والآلام – إلا إذا نقض حكمه الخاطىء ، ورفع بذلك الظلم عن ضحيته وضحية العدالة !!

متى يقبل المحامى الدعوى ومتى يرفضها ؟

هذا موضوع واسع الأفق دقيق للغاية ، لا قواعد له مكتوبة ، ولا ضوابط مرسومة . وإذا كان لابد من وضع قاعدة له فان قاعدته الأساسية هى – الحق !! والضابط الرئيسى لرسم خطوطه البيانية هو – الوجدان !!

فمن بديهى القول أن المحامى ليس فى مقدوره أن يسبر غور الزبون ، ويغوص الى أعماقه ليستشف بواطن أمره ، ويكتشف مكنونات سره ؟ ثم يستنبط بعد ذلك منه الحقيقة !!

وليس فى مقدوره كذلك أن

يقرر من دراسة الأوراق ، وبيانات الزبون ، واستعراض الوقائع – أنه قد توصل الى الحقيقة !! فقد تكون الحقيقة محتجزة وراء ستار كثيف !! أو كامنة فى طى سر دفين !!

فكل ما هو مطلوب من المحامى عمله فى تحريه عن الحقيقة – بعد الدرس والاستقصاء والتأمل – هو أن (يقتنع) بأن ما توصل اليه من رأى – هو الحقيقة !! أو ما يقرب من الحقيقة !!

إن كانت الدعوى حقوقية :

فان كانت صفة الزبون فيها – مدعى – جاز للمحامى التوكل فيها على ضوء الحقيقة التى توصل اليها ... أما إن طلب الزبون إليه العمل على خلاف ذلك – امتنع عليه آنذاك التوكل فيها .

إذ يصبح فى هذه الحالة مسخرًا لتنفيذ رغبات الزبون ، خلافًا للحق الذى باتت لـه معالمه ، وخلافًا للقناعة التى توفرت لـه ، وخلافًا لذمة المحامى وذمة المحاماة .

أما إذا كانت صفة الزبون فيها – مدعى عليه – واقتنع المحامى بصدق موقفه وسلامة دفعه – جاز للمحامى أيضًا التوكل فى الدعوى والخوض فيها على الأساس الذى تم التفاهم عليه .

أما إذا طلب الزبون اليه أن يسير فى دفع الدعوى على أساس باطل ، أو مغاير للحقيقة – فعندئذ لا يجوز له التوكل فيها ... وان هو سار فيها على الأساس الصحيح ابتداء – ثم مال الزبون بعدئذ الى الباطل وعمد الى الزوغان عن الحق – فعليه أن ينسحب من الدعوى حفاظًا على أمانة المحاماة ..

وفى هذه الحالة – حالة الانسحاب من الدعوى للسبب المذكور – لا يصح للمحامى – مباهاة – أن يعلن عن السر فى انسحابه من الدعوى ... لأنه يكون قد جنى على موكله !!، بأن أعطى الحاكم سلاحًا القناعة – بأن موكله مبطل فى دفعه !! وأن مصير الدعوى لن يكون غير الخسران .

وهذا ليس من أدب المحاماة فى شيء !! ولا من واجب سرية العمل المطلوب من المحامى التقيد به تقيدًا مطلقًا – تصريحًا أو تلميحًا .

وخير سبيل لانسحاب المحامى هو أن لا يعلن عن رغبته فى الانسحاب فى المحكمة ويكون آنذاك فى حرج !! وإنما يفاتح بذلك زبونه – ويطلب اليه أن يتولى هو مهمة الدعوى بالشكل الذى يشاؤه .

قلت أن هذا الموضوع دقيق للغاية ، والدقة فيه تأتى من ظروف وملابسات قد لا تدع للقانون أو للمنطق أو للقناعة – محلاً !! وقد ينهار كل ذلك جملة أمام الواقع !!

ولكى أوضح مرادى من ذلك أورد الواقعة التالية :–

راجعنى زبون أرسله صديق لى وطلب الىّ التوكل فى الدعوى المقامة عليه فى محكمة بداءة بغداد – وكانت المحكمة يومها مؤلفة من هيئة قوامها ثلاثة حكام – وكانت الدعوى تتضمن كون المدعى شريكًا للمدعى عليه فى (بانزينخانة) يقوم هو بتموينها بالبنزين ، ويقوم المدعى عليه ببيع البنزين – وما يأتى من ربح يقتسمانه بينهما مناصفة ، وحيث أن المدعى عليه قد تسلم كميات معينة من البنزين وباعها ، وكان ربحها محددًا – فالمدعى يطلب حصته من ذلك الربح !!

سألت المدعى عليه الأسئلة التالية :–

قلت – هل إنك استلمت حقيقة كل هذه الكميات من البنزين ؟ فقال : نعم !!

قلت – وهل أن الربح يقتسم

بينكما مناصفة ؟ فقال : نعم !!

قلت – وهل ان الحساب لم يجر بينكما عن هذه الكميات ولم تدفع لشريكك حصته من الربح ؟ فقال : نعم !!

قلت – فالدعـــوى اذن صحيحة ، والمبلغ المطالب به صحيح ؟ فقال : نعم !!

قلت – إذن لماذا تراجعنى ؟ وبماذا تريد أن أدافع عنك ؟ قال : لماذا اذن جئت إليك ؟ أليس لغرض تخليصى من الدعوى ؟!

فأفهمته بأن تخليصه من الدعوى لا يكون بالباطل !! وما دمت قد اعترفت لى بأنك مدين حقًا – ليس لى من سبيل للدفاع عنك !! لهذا اعتذرت من التوكل فى الدعوى ، ونصحته بأن يتصالح مع خصمه – فالصلح أولى !! وقلت له ربما كسبت فى الصلح ما لم تكسبه فى الحكم ... وذهب ...

وبعد أيام جائنى والبشر يطفح على وجهه ، مخاطبًا اياى مخاطبة المنتصر للمخذول !! (تقول يا أستاذ أن الدعوى لا تنجح ؟ لقد نجحت فيها وصدر الحكم بردها !!) فاستغربت من ذلك وأردت أن أتبين صحة الخبر من عدمه ! والسر فى هذا التطور غير المعقول !!

فرجعت الى اضبارة الدعوى – فوجدت أن الحكم قد تضمن ردها حقيقة . وعند مطالعتى للسبب – ماذا تبين ؟.

تبين أن المحامى المدعى قد قال أثناء المرافعة ، قولاً يناقض ما جاء فى عريضة الدعوى !! وأن الوكيل المدعى عليه قد تمسك بالتناقض ، وطلب رد الدعوى لهذا السبب – فردت .

فهل كان فى امكانى ابتداء أن استطلع الغيب !! وانتظر (غفلة) الزميل المحترم !! لأن (يقول) قولاً يتناقض به (كلامه) المحرر بقلمه فى عريضة الدعوى ؟ – ثم أقرر التوكل فى الدعوى على ذلك الأساس الموهوم ؟ .

بالطبع لا .. ولكن الأمر قد وقع فعلاً ، ووقع لا بنتيجة العلم !! وإنما بنتيجة (اليانصيب) .. وما أكثر قضايا النصيب فى سوح القضاء !! ..

أما إذا كانت الدعوى جزائية :

فإما أن تكون صفة المؤكل فى الدعوى – مشتكيًا – جاز التوكل عنه إذا كان محقًا فى شكواه ... أما إذا كانت الشكوى كاذبة ، أو ملفقة ، أو كيدية – فلا يجوز للمحامى أن يكون أداة للشر فيها ، بل عليه أن يرفض التوكل فى الدعوى .

وأما إذا كان متهمًا – ففى الأمر تفصيل :–

١ – الأصل أنه مما يسوغ للمحامى أن يتوكل مطلقًا عن كل متهم – مهما كانت تهمته ، ومهما كانت ظروفها ، وبواعثها ، ونتائجها ... فالمتهم إن كان بريئًا فالسعى لتخليص البرىء من الجرم والعقاب – هو هدف نبيل من أهداف المحاماة .

والمتهم إن كان مذنبًا حقًا ، فان ضمير العدالة كما هو يتعذب عند افلات الجانى من العقاب ، يتعذب كذلك عندما يصيبه من العذاب أكثر مما يستحق !!

ففى الحالتين السالفتين يجوز للمحامى أن يتوكل عن المتهم .

٢ – أما إذا اعترف المتهم للمحامى بأنه هو الذى ارتكب الجرم فلا يسوغ له أبدًا أن يطلب براءته !! ...

فمن طلب براءة المجرم !! ، فقد ارتكب بدوره جرمًا آخر !!

٣ – وفى الحالة الأخيرة إذا ما استطاع المحامى اقناع موكله لا بطلب البراءة ، وإنما بطلب العقاب المناسب أو تخفيف العقاب إذا ما توفرت أسباب التخفيف – جاز للمحامى السير فى مهمته على هذا الأساس .

وعندئذ يكون هم المحامى منصبًا على التماس الأسباب

داعية للعقاب العادل !!

٤ – ولا يفوتنى هنا الاشارة لى (النصيب) فى القضايا لجزائية كما هو الحال فى لقضايا الحقوقية . بل ربما كان لنصيب فى ميدان القضاء لجنائى أوفر (نصيبًا) من لنصيب فى القضاء الحقوقى ... فقد تسير فى الدعوى على أساس أن الجرم ثابت ، والعقاب محتوم ... وهمك منصرف الى البحث فى تلمس عوامل الرحمة !! والظفر بأسباب التخفيف ... وإذا بالنصيب يفعل فعله بغتة :–

يتناقض الشهود !! أو تتهافت الأدلة !! أو يظهر ما ليس فى الحسبان فتتحول قناعة الحاكم الى جانب المتهم ، وتلوح بارقة البراءة !! فماذا تفعل ؟!

هل تقول أن موكلى برىء ؟ لا !! فان ذلك كفر !! لأنك مقتنع بأنه مجرم !!

هل تقول إذن أن موكلى مجرم ؟ أعوذ بالله !! فأنت وكيل عن المتهم لا خصم له !!

الأولى لك أن تخرج من هذه (الورطة) بأن تترك المتهم لذمة الحاكم !! يقضى بأمره على ضوء ما استجد من أمور ، وتوفر من قناعة .

٥ – وليس معنى التوفر على ركن القناعة – أن يقوم المحامى بدور الخصم ؟ فى مناقشة موكله ؟ وإنما حسبه أن يحاول بسلامة وبساطة معرفة الحقيقة منه دون ضغط ، أو مشاطرة ! أو لجاجة !

فليس من شيمة المحاماة أن تقف من موكلك موقف الخصم ، فتحاول أن تنتزع منه الاعتراف انتزاعًا !!

وليس هذا فقط : فاللجاجة فى هذا السبيل الملتوى ، لن توصل المحامى إلا الى مرحلة الاحراج ؟ ذلك أنه اذا استطاع أن (ينتزع) من موكله اعترافًا بارتكابه الجرم ؟ فقد وضع نفسه موضع الحراجة !! .. حراجة من لا يستطيع أن يطلب براءة موكله بعد أن أفضى اليه موكله بالاعتراف !!

٦ – أما فى القضايا السياسية فلا يطلب الى المحامى أن يخوض فى الأسس والتفاصيل – لكى يصل الى قرار فى التوكل أو عدمه ... فان بعض الحالات السياسية تلجؤه الى التوكل بصرف النظر عن التفاصيل والنتائج ... وقد لا تسمح ظروف خاصة للمحامى بمواجهة موكله ! بل لا يسمح له حتى بمطالعة أوراق القضية !! – فهل هو فى هذه الحالة يتخلى عن واجب الدفاع ؟ بداعى أنه لم يدرس الدعوى دراسة تبيح له التوكل ، أو الاعتذار ؟

فى حالة مثل هذه يسمح للمحامى أن يؤخذ على عاتقه مهمة الدفاع ، ويقبل الوكالة فى الدعوى – ويسير فيها على حسب الظروف المتيسرة له !!

وفى المرافعات ، وفى بيانات الشهود ، وفى المناقشات – تتكشف له مغاليق الدعوى ، وعندها يجند مواهبه ، ويستخدم قابلياته الفنية ، فى توجيه الدفاع ما أمكن – توجيهًا سليمًا .

الإعلانات القضائية

المادة ٧٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

تكونت شركة تضامن فيما بين نصير عبد الله شنوده وزغلول وشنوده وفانوس ووصفى عبدالله شنوده سمتها التجارية معرض البطل الرومانى للأدوات المنزلية وغرضها بيع الأدوات المنزلية بأنواعها ومركزها آخر شارع الشيخ منصور مركز الخانكة القليوبية برأس مال ٥٠٠٠ جنيها بالتساوى للشركاء ومدة الشركة ٥ سنوات تبدأ من ١٩٨٨/٩/٣ وتنتهى فى ١٩٩٣/٩/٢ والادارة والتوقيع موكلة لنصير عبدالله شنوده والمستشار القانونى للشركة محمد عبد الحكيم عيد الزيادى المحامى بالقاهرة مسجلة برقم ١٦٣ لسنة ١٩٨٨ بمحكمة بنها الأبتدائية .

★ ★ ★

بموجب عقد مسجل رقم ٢٢٧٣ سنة ٨٩ بمحكمة جنوب القاهرة الابتدائية تأسست شركة توصية بسيطة سيد الحسينى الحمامصى وشركاؤه برأسمال ٥٠٠٠ خمسة الآف جنيه ونشاطها بيع الادوية المعبأة والسائلة ومقرها ٣ شارع مصنع ٤٥ الحربى بالمعصرة ولمدة خمس سنوات تبدأ من ١٩٨٩/٢/١ والادارة والتمثيل للشريك المتضامن .

★ ★ ★

بموجب عقد مسجل بمحكمة جنوب القاهرة برقم ٢٦٠ لسنة ١٩٩٠ تكونت شركة توصية بسيطة بين عرفان على سليم شريك متضامن وشريكين موصيين غرضها عرض وبيع الموبيليات والديكور وإستيراد وتصدير الموبيليات ومستلزماتها والقيام بأعمال الوكالة التجارية مركزها ١٠ شارع الطمار بباب الشعرية قسم الموسكى لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد تبدأ من ١٩٩٠/١/٢٣ وتنتهى من ١٩٩٤/١/٢٣ برأس مال ١٠٠٠٠ ج وحق الادارة والتوقيع للشريك المتضامن عرفان على سليم .

★ ★ ★

بعقد مسجل ملخصه ٤٥٧ سنة ١٩٩٠ شركات شمال القاهرة تم حل وتصفية شركة التضامن المسجلة ١٨٢٣ سنة ١٩٨٨ شركات شمال بين عادل ميلاد وفتوح ابو القاسم لتجارة الأدوات الكهربائية ١٦ شارع رمزى مصر الجديدة وأصبحت منشأة فردية خالصة لعادل ميلاد مرقص .

★ ★ ★

بموجب عقد مسجل بمحكمة جنوب القاهرة رقم ٢٦١ لسنة ١٩٩٠ تكونت شركة توصية بين هدى على عبد الخالق شريك متضامن وشريك موصى بعنوان هدى على عبد الخالق وشركاها غرضها تسويق وإنتاج الأثاثات الخشبية والديكور وإستيراد وتصدير الأثاثات ومستلزماتها مركزها ١٥ شارع ٢٥٧ المعادى الجديدة القاهرة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد تبدأ ١٩٩٠/١/٣١ برأس مال ٣٠٠٠ ج وحق الادارة والتوقيع للشريك المتضامن .

★ ★ ★

تكونت شركة توصية بسيطة بين أولاً يسرى محمد محمود ثانياً خيرية عبد المنعم محروس ثالثاً نفوسة حامد صالح غرض الشركة تجارة خردوات مركز الشركة ٣٩ شارع المنيل والادارة والتوقيع موكولة للطرف الثانى والثالث وقد تم نشرها تحت رقم ١٧ لسنة ٩٠ .

في رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعى مجلس النقابة زملاء أعزاء انتقلوا الى رحمة الله تعالى.. افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً. ويتضرع المجلس الى العلي القدير أن يتغمدهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وذويهم وزملاءهم الصبر والسلوان.

الاستاذ الدكتور / محمود محمود مصطفى	المحامى
الاستاذ / محمد أحمد عيسى	المحامى
الاستاذ / محمد نبيه فرحات	المحامى
الاستاذ / مراد اندراوس	المحامى
الاستاذ / فراج دويدار	المحامى
الاستاذ / محمد درويش مرسى	المحامى
الاستاذ / رؤوف غالى	المحامى
الاستاذ / أبو الفتوح سليم	المحامى
الاستاذ / محمود المليجى	المحامى
الاستاذ / محمود هدهد	المحامى
الاستاذ / عجايبى فهمى	المحامى
الاستاذ / أنيس جندى جريس	المحامى
الاستاذ / سهيل ابو النصر	المحامى
الاستاذ / ماهر فريد جندى	المحامى
الاستاذ / عبد السلام السبع	المحامى

فهـرس العـدد

رقم الايداع ٢٦١٠

دار الطباعة الحديثة
أول شارع الجيش - القاهرة
تليفون ٩٠٨٣١٨

مقالات في كلمات

قال الامام على بن أبى طالب رضى الله عنه :

لا خير فى الصمت عن الحكم ، كما أنه لا خير فى القول بالجهل .

★ ★ ★

وقال رضى الله عنه :

أشد الذنوب ما استخف به صاحبه .

★ ★ ★

وقال رضى الله عنه :

كفاك أدبا لنفسك اجتناب ما تكرهه من غيرك .

★ ★ ★

وقال رضى الله عنه :

للظالم من الرجال ثلاث علامات : يظلم من فوقه بالمعصية ، ومن دونه بالغلبة ، ويُظاهر القوم الظَّلمة .

★ ★ ★

وقال رضى الله عنه :

يوم العدل على الظالم أشد من يوم الجور على المظلوم .

★ ★ ★

وقال رضى الله عنه :

أصدقاؤك ثلاثة ، وأعداؤك ثلاثة ، فأصدقاؤك صديقك ، وصديق صديقك ، وعدو عدوك .. وأعداؤك ، عدوك ، وعدو صديقك ، وصديق عدوك .

★ ★ ★

وقال رضى الله عنه :

لأنسُبن الاسلام نسبة لم يَنسُبها أحد قبلى ، فالاسلام هو التسليم ، والتسليم هو اليقين ، واليقين هو التصديق ، والتصديق هو الإقرار ، والإقرار هو الاداء ، والاداء هو العمل الصالح .

قالوا عن المحاماة

المحـــامـــاة

أن المحاماة عريقة كالقضاء ، مجيدة كالفضيلة ، ضرورية كالعدالة ، ويكرس المحامي حياته لخدمـة الجمهور دون أن يكون عبدا له ، كما أن مهنة المحاماة تجعل المرء نبيلا عن غير طريق الولادة ، غنيا بلا مال ، رفيعا دون حاجة الى لقب ، سعيدا بغير ثروة .

« روجيسو رئيس مجلس القضاء الأعلى بفرنسا فى عهد لويس الخامس عشر » .

دار الطباعة الحديثة
٦ كنيسة الأرمن - أول شارع الجيش
تليفون : ٩٠٨٣١٨

المحاماة



تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

العددان الثالث والرابع ـ مارس وابريل ١٩٩٠ ـ السنة السبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

* « إقرأ بسم ربك الذي خلق . خلق الإنسان من علق .
إقرأ وربك الأكرم . الذي علم بالقلم . علم الإنسان ما لم يعلم »

« صدق الله العظيم »

قوانين سرية تحكم مصر

أرأيت كيف ترك القانون سيئ السمعة من سوء الأثر .. لقد صار المواطن المصرى ـ فى ظل ذلك القانون ـ غريباً فى داره يتجرع الظلم والقهر .. فالقانون سيىء السمعة يرمى المواطنين بحجارة من تلفيق .. ويلقى بهم فى السجون بغير تحقيق .. وأحال المواطن إلى مسخ مشوه .. فتراه مسحوقا مقهوراً .. مسلوبة إرادته .. ضائعة هويته .. ولا يملك من قضايا أمته خطاباً .. !!

وإذا كان الناس فى مصر قد استهجنت تلك القوانين سيئة السمعة واحتقرتها ..فقد حق للناس أن تدرك أن من القوانين ما هو محاط بسياج من السرية لا يعلم أحد عنها ما تحتويه من نصوص وأحكام .. !!

وإذا كانت المادة ١٨٨ من الدستور القائم تنص على وجوب نشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ، وأن يعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، فإن مؤدى ذلك افتراض علم الكافة بما تحتويه تلك القوانين ، الأمر الذى يتعين أن تكون تلك القوانين على اتصال حقيقى بعلم الناس .. !!

إن كارثة الكوارث أن تكون ثمة قوانين تحمل أرقاما ولكن من المحظور تداولها بين الناس ، فإن سألت عن احداها أو عن موضوعها ، فلا سميع يسمعك ولا مجيب يجيبك .. فالكتمان يحاصر تلك القوانين ، والسرية تنسف حق الناس فى أن تعرف ما تحتويه .. !!

لقد تحققنا من هذه الظاهرة الخطيرة عند اعداد الملحق التشريعى السنوى . وكانت الفجيعة أن عدداً من القوانين قد استحال علينا نشرها لأنه لم تنشر إلا فى نسخة أو نسختين من الجريدة الرسمية .. ومن هنا يكمن الخطر فى أن يحاكم إنسان بقانون لا يعلم عنه شيئا .. إننا نطالب المسئولين فى هذا البلد أن يحققوا للناس علمهم بالقانون .. فلا خير فى وطن تحكمه قوانين سرية لا يعلم المواطن عنها شيئا .. !!

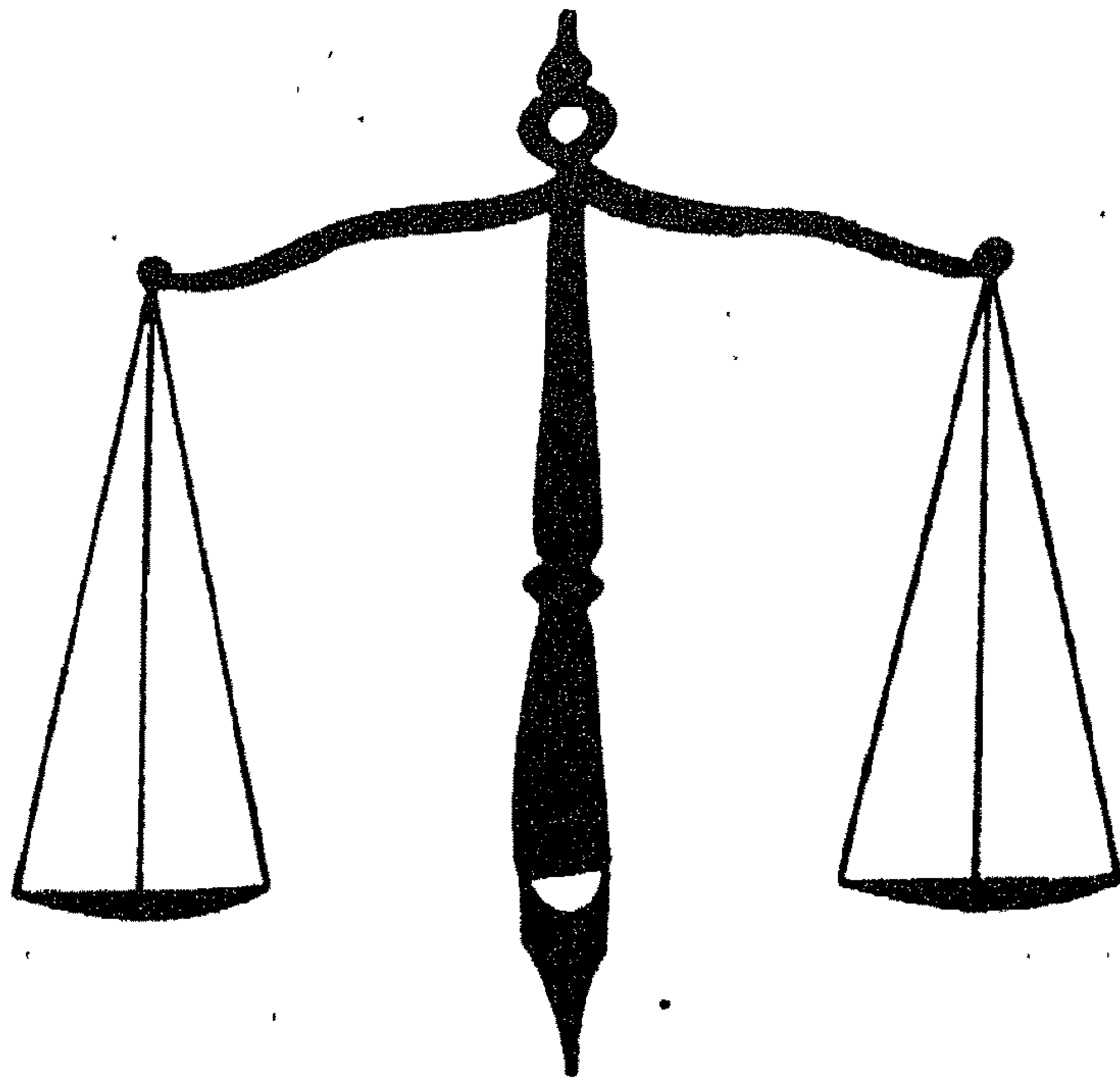
عصمت الهوارى

وكيل النقابة
وسكرتير التحرير

تعلمنا من تقاليدنا أن القضاء هو أمننا ، وهو حصننا . ولقد ظل في مصر - حتى الآن - أملنا وحصننا ، وهو في ذات الوقت أمان للحاكم وحصن له .

الأستاذ الجليل النقيب

أحمد الخواجـه



من قضاء المحاكم

مبادىء النقض فى المواد المدنية

أ

أحوال شخصية

تدخل النيابة :

موضوع الدعوى . تعلقه ببحث حقيقة العقد ووصفه القانونى باعتباره بيعا منجزاً أو تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت . قرينة المادة ٩١٧ مدنى . عدم تعلقه بمسائل الأحوال الشخصية . علة ذلك . النزاع حول رجوع المورث عن الوصية . لازمه . تطبيق قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦ . أثره . وجوب تدخل النيابة العامة وإلا كان الحكم باطلا .

(الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

وجوب تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية مناطه . ق ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ . تعلق النزاع بصحة الوصية أو نفاذها فى حق الورثة أو رجوع المورث عنها . ق ٧١ لسنة ١٩٤٦ عدم تدخل النيابة العامة فيه . أثره بطلان الحكم .

(الطعن رقم ١٣٥٥ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

مسائل الاجراءات :

الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف . خضوعها لأحكام قانون المرافعات فيما عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين الأخرى المكملة لها . م ٥ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (مثال بشأن تحديد الأشخاص الواجب أختصامهم فى الطعن على الحكم الغيابى بطريق المعارضة) .

(الطعن رقم ٤٤ لسنة ٥٥ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

الطعن بالنقض :

رفع الطعن بطلب أودع قلم كتاب المحكمة توافرت فيه بيانات صحيفة الطعن . لا بطلان . علة ذلك

(الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٥٧ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

مسائل الولاية على المال :

مباشرة الوصى تصرفات معينة دون إذن المحكمة بالمخالفة للمادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . إعتباره متجاوزاً حدود نيابته القانونية عن القاصر . مؤدى ذلك . بطلان التصرف بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر . أثره للنائب عنه طلب إبطال التصرف للقاصر ايضا مباشرة طلب الابطال خلال الثلاث سنوات التالية لليوم الذى يزول فيه سبب نقص الأهلية . مادتان ١١٩، ١٤٠ مدنى مثـال .

(الطعن ١٣١٧ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

مسائل التطليق

أولا : بالنسبة للمسلمين :

وجوب الالتجاء الى التحكم قبل التطليق للضرر .شرطه . أن يتكرر من الزوجة طلب التفريق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن اثبات ما تتضرر منه . م ٢٥ق٦ لسنة ١٩٢٩ .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٦ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

التطليق للضرر . وجوب اثباته طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة رغم أنه منقول من مذهب مالك .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٦ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

القضاء بالتطليق لغيبة الزوج الى جهة غير معلومة اعمالا للمادتين ١٢ ، ١٣ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . صحيح .

(الطعن رقم ٨٤ لسنة ٥٦ ق " أحوال شخصية " .. جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧) .

ثانيا : بالنسبة لغير المسلمين :

مجموعة الأقباط الأرثوذكس . عدم تقييدها الشهادة على الفرقة بأى قيد أثره . للقاضى قبول الشهادة ولو كانت سماعية متى أطمأن اليها .

(الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٥٧ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

المتعة :

النص فى المادة السابعة من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . سريانه على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى قضى بعدم دستوريته طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى . مثال فى متعة .

(الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥٦ ق " أحوال شخصية " ١٩٨٨/١٢/٢٠)

تقدير المتعة وتقسيط سداد ما هو محكوم به من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى فى تقديرها بنفقة سنتين على الأقل .

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٦ ق ـ أحوال شخصية " جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

ارتفاق

قيود البناء الاتفاقية . ما هيتها . اعتبارها حقوق ارتفاق متبادلة لفائدة جميع العقارات التى تقام فى حى معين . مخالفة بعض الملاك لها. أثره . تحلل باقى الملاك من الالتزام بها . م ١٠١٨ مدنى .

(الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض ٧٦/٥/٢٥ س ٢٧ أص ١١٧٦ ، ٨٣/١/٢٧ الطعن ٢٣٠ لسنة ٥٢ ق)

(نقض ٨٦/٢/٦ الطعن ٢٤٨٦ لسنة ٥٢ ق، ٨٦/١/٣٠ الطعن ٨١٥ لسنة ٥٣ ق)

قيود البناء الاتفاقية . ماهيتها . مخالفة بعض الملاك لها . أثره . تحالل باقى الملاك من الالتزام بها .

(الطعن رقم ٩٢ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

إرث

الوارث . اعتباره من الغير بالنسبة لتصرفات المورث الصادرة تحايلا على قواعد الإرث لحرمانه من الميراث . حقه فى الطعن عليها . الصورية النسبية ولو كانت مسجلة علة ذلك .

(الطعن رقم ١١٥١ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ س ٢٧ ص ١٣٩١)

أحكام الارث المتعلقة بقواعد التوريث وأحكامه . تعلقها بالنظام العام . عدم جواز التحايل عليها تصرفات المورث المنجزة حال صحته لأحد ورثته صحيحة ولو قصد بها حرمان بعض الورثة من الميراث علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٦٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٠/٢/٣١ س ١٢١ ص ٥٣١، ١٩٧٠/٤/٢٠ س ٢١ ص ٧٣)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٣/٧ س ٢٣ ص ٢٩٨ ، ٧٢/٥/٢ س ٢٣ ص ٧٩٠)

تصرف المورث الوارد فى المادة ٩١٧ مدنى مقصودة شراء المطعون عليهم عقار النزاع من غير المورث . أثره عدم سريان حكم تلك المادة عليه . لا يؤثر فى ذلك تبرع المورث بما استحق على أولاده القصر من ثمن البيع .

(الطعن رقم ٢٠٦٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٦)
(نقض جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ س ٢١ ص ٧٣٥)

قرينة المادة ٩١٧ مدنى . شرط قيامها . لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التحقق من توافرها .

(الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٦)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٧ س ٣٢ ص ٥٣٩)

وضع اليد بالتقادم الطويل من مسائل الواقع . استقلال قاضى الموضوع بتقديره . دون رقابة من محكمة النقض طالما كان سائغا . ليس فى القانون ما يحرم على الوارث أن يمتلك بالتقادم نصيب غيره من الورثة متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانـــون .

(الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)
(نقض ٨٠/١٢/١٨ س ٣١ ع ٢ص ٢٠٥٣، ٨١/١٢/١٤ س ٣٢ ع ٢ ص ٢٢٨٢)
(نقض ١٩٧٩/٦/٤ س ٣٠ ع٢ص٥٣٩، ١٩٨٧/١٢/٢٠ ـ الطعن ٢٠٦١ لسنة ٥٣ق)

شهر حق الإرث ليس شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية للورثة . عدم الشهر . جزاؤه . منع شهر تصرف الوارث دون منع التصرف ذاته .

(الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

إشهاد الوفاة والوراثة حجة ما لم يصدر حكم على خلافه . م ٣٦١ من اللائحة الشرعية . لكل ذى مصلحة فى الطعن عليه طلب إبطاله سواء فى صورة دفع دعوى قائمة أو باقامة دعوى مبتدأه .

(الطعن رقم ٢٩ لسنة ٥٣ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

أستيلاء

الاستيلاء الحاصل لاغراض التموين وفقا للقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ . اختلافه عن الاستيلاء المؤقت وفقا لقانون نزع الملكية للمنفعة العامة . المدة فى الحالة الأولى غير محددة ابتداء ولا تنتهى الا بصدور قرار من وزير التموين .

(الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(قارن نقد جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩ س١٨ ع٢ ص١٣١٠)

أشياء فاقده

الشئ الضائع . ما هيته . ضياع الشئ من مالكه يتحقق بخروجه من حوزته ولم تعدله سيطرة عليه .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

المكافأة عن الشئ الضائع . ثبوت الحق لمن عثر عليه طلب إسترداده بدون النظر لما أصاب صاحب الشئ من ضرر . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

إستحقاق المكافأة لمن عثر على شئ ضائع وسلمه إلى الجهة المختصة شرطه . أن يكون للشئ قيمة مالية قابلة للتقدير .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)
(الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

أصلاح زراعى

الدعوى الناشئة عن ايجاد الاراضى الزراعية . شرط قبولها . ايداع نسخة من عقد الايجار الجمعية التعاونية الزراعية . العقود المحررة فى تاريخ سابق على العمل بالقانونين ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، ٥٢ لسنة ١٩٦٦ . عدم خضوعها لهذا القيد . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٦٦٧ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٧)
(نقض جلسة ١٩٨٧/١١/٢ س ٢٨ ص١٥٩٧ ، جلسة ١٩٨٦/١/١٤ ـ الطعن ١٠١٧ لسنة ٥٢ ق)

قرارات لجان الفصل فى المنازعات الزراعية الصـادرة فى حـدود اختصاصها . لها حجية امام المحاكم . شرط ذلك

(الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٥ ـ الطعن ٤٣١ لسنة ٤٩ ق)

الاراضى المستولى عليها بمقتضى قانون الاصلاح الزراعى . إعتبارها مملوكة للدولة من تاريخ قرار الاستيلاء النهائى . عدم انتقال ملكيتها الى من وزعت عليهم الا بتسجيل عقود بيعهم . القضاء بتثبيت ملكية المطعون عليها لتلك الأرض تأسيسا على وضع اليد المدة الطويلة المكسبه للملكية . خطأ فى القانون م ٩٧ مدنى المعدلـة .

(الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٤)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ س ٣٣ ص . ٩٩)

وزير الزراعة هو صاحب الصفة فى تمثيل الهيئة العامة للاصلاح الزراعى أمام القضاء باعتباره رئيس مجلس ادارتها . قرار رئيس مجلس الوزراء ٤١٩ لسنة ١٩٨٤ .

(الطعن رقم ٤١١ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

جواز نقل ملكية ما لم يستول عليه من الاطيان الزراعية الزائدة عن مائتى فدان الى صغار الزراع طبقا للمادة ٤٥ من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . شرطه . أن تكون حرفة المتصرف اليه منهم الزراعة . عدم جواز التصرف فيها إلا لصغار الزراع أيضا . المادة ٤ مكرر ق ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، التفسير التشريعى رقم ٨ لسنة ١٩٦٣ . مؤدى ذلك . وجوب أن يكون المتصرف اليه بالغاسن الرشد .

(الطعن رقم ١٢٦٧ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

(نقض جلسة ٦٧/١١/٧ س ١٨ ع ٤ص ١٦١١)
(نقض جلسة ٧٤/١/١٤ س ٢٥ ص ١٥١)

افلاس

بطلان تصرفات المدين المفلس وفقا للمادة ١/٢٢٨ من قانون التجارة . شرطه أن يصدر التصرف خلال فترة الريبة وأن يعلم المتصرف اليه ـ باختلال ائتمان المدين المقصود بالبطلان فى معنى هذه المادة عدم نفاذ التصرف فى حق جماعة الدائنين .

(الطعن رقم ٢٤٥٥ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)
(نقض جلسة ١٩٨٦/٣/٣١ ـ الطعن رقم ١٨٥٣ لسنة ٥٠ ق)
(نقض جلسة ١٩٦٩/٤/١ س ٢٠ ع ٢ص ٥٥٠)

١- التوقف عن الدفع . م ١٩٥ تجارى . هو الذى ينبئ عن مركز مالى مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر مما يعرض حقوق الدائنين للخطر . مجرد الأمتناع عن الدفع . لا يعتبر توقفا بالمعنى السالف . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٥٠٦ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٣١ س ٣٤ ص ٣٦١)

٢- الدين الذى يشهر الافلاس عند التوقف عن دفعه . شرطه خلوه من النزاع . الفصل فى طلب الافلاس يوجب على محكمة الموضوع ان تعرض لجميع المنازعات التى يثيرها المدين حول صحة الدين لتقدير مدى جديتها .

(الطعن رقم ٢٥٠٦ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٦٤/٤/٩ س ١٥ص ٥٣١)

٣- دعوى الافلاس . تقدير مدى جدية المنازعة فى الدين وحالة الوقوف عن الدفع . من سلطة محكمة

الموضوع . مداها . اقامة قضائها على اسباب سائغة تكفى بحمله .

(الطعن رقم ٢٥٠٦ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض جلسة ٧٩/١٠/٢٩ س ٣٠ ص ١٠)

التزام

اوصاف الالتزام :

الشرط الفاسخ الصريح :

الشرط الفاسخ الصريح . اختلافه حقيقة وحكما عن الشرط الفاسخ الضمنى . وجوب أن يكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له . خضوع الفسخ بموجب الشرط الضمنى لتقدير القاضى . أثر ذلك .

(الطعن رقم ٤١٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ س ٣٣ ص ٥١٧)

قابلية الالتزام للانقسام :

عدم تحديد نصيب كل من الدائنين أو المدينين سواء بمقتضى الاتفاق أو فى القانون . أثره . انقسام الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بأنصبه متساوية .

(الطعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٣/٩ س ٢٣ ص ٣٦٤)

انتقال الالتزام :

حوالة الحق :

حوالة الحق . أثرها . انتقال الحق بصفاته ودفوعهوتوابه ومنها الدعاوى التى تؤكده .

(الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ س ٢٩ ص ١٣٦٢)

حوالة الحق . ما هيتها . وجوب مراعاة القواعد العامة فى اثباتها .

(الطعن رقم ٢٢٠٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

حوالة الحق . أثرها . انتقاله بصفاته ودفوعه وتوابعه من المحيل الى المحال اليه . الدعاوى التى تؤكد الحق .

اعتبارها من توابعه . دفاع الطاعن باحالة الحق إليه بصفته . جوهرى . أغفال الحكم التعرض له . قصـــور .

(الطعن رقم ١٠٨ لسنة٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧) .
(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ ـ س ٢٩ ص ١٢٦١) .

نفاذ حوالة الحق فى حق المدين . كفاية الاعلان بأية ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين تشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها ـ الاساسية م ٣٠٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٨٤٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ ـ س ٢٩ ع ١ ص ١٢٦١)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٥/٢٤ ـ س ٢٧ ع١ص ١١٧١)

حوالة البائع عقد ايجار العين المبيعة الى المشترى ونفاذها فى حق المستأجر باعلانه بها . أثره للمشترى حق اقامة دعوى الاخلاء للتأجير من الباطن . دون حاجة لاختصام البائع المحيل . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

أعلان المدين بالحوالة حتى تنفذ فى حقه . جواز الاعلان بأى ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين تشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الاساسية . أعلان صحيفة الدعوى المقامة من المحال له على المدين للمطالبة بالحق المحال به . اعتباره اعلانا تنفذ به

الحوالة فى حق المدين . م ٣٠٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٣٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٧٦/١/٥ س ٢٧ ص ١٣٢)

نفاذ الحوالة فى حق المدين . شرطه .م ٣٠٥ مدنى

(الطعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)
(الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٧٨/٥/١٦) .
(نقض جلسة ٧٨/١١/٨ س ٢٩ ع ٣ ص ١٦٩٤ ، ٧٦٥/٥/٢٤ س٢٧ ع٢ ص ١١٧١)

تنفيذ الالتزام :

منح المشترى أجلا للوفاء من اطلاقات قاضى الموضــوع حســـبما يراه من ظـــروف كل دعــوى . م ٢/١٥٧مدنى .

(الطعن رقم ١٨٧٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(س نقض جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ س ٢٠ص١٢٩٦)

حظر التعهد المقوم بعملة أجنبية - ق ٨٠ لسنة ١٩٤٧ . شرطه . صدور التعهد فى مصر . التعهد الصادر فى الخارج . شرط تجريمه . تنفيذ التعهد المقوم بعمله أجنبيه . عدم خضوعه للقانون ٨٠ لسنة ١٩٤٧ إلا فى حدود ما قررته المادة الخامسة منه .

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٧/٢٦ س ٢٨ص ١٥٥٦)

الاعـــذار :

وجوب اعذارالمدين قبل التنفيذ العينى الجبرى . م ١/٢٠٣ مدنى مفاده . عدم لزوم الاعذار قبل التنفيذ الذى يتحقق بحكم القانون بغير تدخل المدين كآلشان فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع .

(الطعن رقم ١٠٧٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ٧٥/٢/٢٥ س ٢٦ص٤٧٨)

(نقض جلسة ٧٩/١١/١٥ س ٣٠ص ٣٧)

التنفيذ بطريق التعويض :

حلول التنفيذ بطريق التعويض محل التنفيذ العينى متى كان مستحيلا أو مرهقا للمدين . مؤداه . عدم جواز الجمع بينهما . تأخر المدين فى تنفيذ التزامه عينا . لا يخل بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن الأضرار المترتبة على هذا التأخير فضلا عن التنفيذ العينى .

(الطعن رقم ١٣٩٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٥)

العدول عن التنفيذ العينى الى التعويض النقدى .رخصة لقاضى الموضوع . شروطها . تقدير مدى الارهاق الذى سيصيب المدين نتيجة تنفيذ التزامه عينا . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٥)
(نقض ٧٩/٦/٢٠ س ٣٠ع٢ص٧٠١ ، ٦٦/٤/٥س١٧ع ص٧٩٧)
(نقض ٦٦/٢/١س١٧ص٢٠١ . ٥٧/٣/٢١ س ٨ ص٢٦٥)

الحق فى الحبس :

حق المشترى فى حبس الثمن . مناطه . وجود سبب جدى يخشى منه نزع المبيع من تحت يده . م ٢/٤٥٧ مدنى . تقدير جدية هذا السبب . استقلال محكمة الموضوع به متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(نقض جلسة ٨٢/١١/١٨ س ٣٣ص ٩٣٤)

التزامات المستاجر :

علم المستأجر بحلول مشترى العقار محل البائع فى عقد الايجار والتزامه بدفع الأجرة . مناطه . انتقال الملكية اليـــه .

(الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ س ٢٨ ص ٨٧٧)

اخلال المؤجر بالتزامه بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة . م ٥٧١ مدنى . للمستأجر طلب التنفيذ العينى أو بطريق التعويض .

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٥)
(نقض جلسة ١٩٨٧/٥/١٧ ـ الطعن رقم ٧٢١ لسنة ٥٣ ق)
(نقض جلسة ١٩٨٦/٦/٣ ـ الطعن رقم ٢,٥ لسنة ٥٣ ق)

انقضاء الالتزام :

القوة القاهرة :

شرطا توافر القوة القاهرة . عدم امكان توقع الحادث واستحالة دفعه . استخلاص توافرها . واقع تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه .

(الطعن رقم ١٩٣٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض ١٩٦٨/٢/١٩ س ١٩ص٥٥١)

بعض انواع الالتزامات :

التزام الناقل البحرى

التزام الناقل البحرى التزام بتحقيق غاية . هى تسليم الشحنه كاملة وسليمة إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول أيا كانت طريقة التسليم المتفق عليه .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦) .

الالتزام بالاكتتاب فى سندات الإسكان :

القوانين . سريان أحكامها من تاريخ نفاذها مالم ينص على سريانها باثر رجعى . الواقعة المنشئة للالتزام بالاكتتاب فى سندات الاسكان كشرط للترخيص ببعض أنواع المبانى ـ هى اصدار ترخيص البناء . الترخيص الصادر فى ظل القانون ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ قبل تعديله بالقانونين ٢ لسنة ١٩٨٢ ، ٣٠ لسنة ١٩٨٣ . بقاؤه محكوما بهذا القانون .

(الطعن رقم ١٣٧٧ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

تقدير قيمة المبانى بمبلغ خمسين الف جنيه كشرط للاكتتاب فى سندات الاسكان مناطها . القيمة التى يصدر الترخيص على أساسها دون تكلفتها الفعلية .

(الطعن رقم ١٣٧٧ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

التصاق

دعوى صحة التعاقد . ما هيتها . عدم تسجيل البائع عقد شرائه . وجوب اختصام المشترى البائع للبائع له والا كانت دعواه غير مقبولة . حق القرار . لا ينشأ ولا ينتقل الا بالتسجيل . المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى . ملكية المنشآت قبل تسجيل سند البائع لبائع الأرض بحكم الألتصاق .

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)
(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ س ٣٣ ع١ص ٦٣٢)

سكوت صاحب الأرض عن طلب ازالة المنشآت المقامة على أرضه خلال سنة . أثره . سقوط حقه فيه . م ٩٢٤ من القانون المدنى . الطلب فى معنى هذه المادة مقصوده . رفع الدعوى .

(الطعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)
(نقض جلسة ٧٤/٥/١٧ س ٢٥ ص ١٢٦٥)

حساب الميعاد المقدم بالأيام أو بالشهور أو بالسنين .بدؤه من نهاية يوم حدوث الأمر المجرى للميعاد .انتهاؤه . بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر

الذى ينتهى فيه الميعاد . أعتداد الحكم المطعون فيه بيوم ١٩٧٨/١/٣٠ كتاريخ لعلم المطعون ضده باقامة المنشآت وشخص من أقامها . مؤداه . انتهاء ميعاد السنة فى ١٩٧٩/١/٣٠ . مخالفة ذلك خطأ فى القانــون .

(الطعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ س ٢٩ ص ١٥٨٨)

أهليـة

ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية - مناطه . أعتراف الدولة بها . شرطه . صدور ترخيص بها أو إذن خاص بقيامها . أعتراف الدولة بطائفة الانجيليين الوطنيين . مؤداه . اعتبارها طائفة واحدة بكافة شيعا وكنائسها اثره . اكتساب الشخصية الاعتبارية والذمه الماليه اللازمه دون أى من كنائسها أو المذاهب المتفرعة عنها التبرع أو الشراء لصالح إحـدى الكنائس أو الجمعيـات انصـراف أثـره الى الطائفة .

(الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٣/٢١ س ٢٩ص٩١٧)

نيابة الوصى عن القاصر نيابة قانونية . تجاوز الوصى حدود نيابته . أثره . عدم انصراف اثر التصرف الى القاصر .

(الطعن رقم ٢٤٥٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٨)

الدفع ببطلان الاجراءات إمام محكمة أول درجة لنقص أهلية أحد الخصوم دفع شكلى . عدم التمسك به فى صحيفة الاستئناف . أثره . سقوط الحق فى أبدائه . علة ذلك .

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)
(نقض جلسة ٧٧١/٣/١٦ س ٢٨ ص ٦٩٧)

الغبن الفاحش فى بيع عقار غير كامل الأهلية . شرط . م ٤٢٥ مدنى مؤداه الغبن فى التعاقد . شرطه .م ١٢٩ مدنى . إستغلال المتعاقد طيشا بينا أو هوى جامحا فى المتعاقد الأخر . مؤداه .

(الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

أوراق تجارية

الشيك السياحى . ما هيته . عدم وجود فارق بينه وبين الشيك العادى إذا استوفى شرائطه القانونية . أثره إعتباره أداة دفع ووفاء ويستحق الاداء لدى الإطلاع يغنى عن إستعمال النقود فى المعاملات . وجوب حمله توقيعين أحدهما عند سحبه والاخر عند صرفه . لا ينفى توافر قيمته المالية منذ سحبه أو وقت العثور عليه . علة ذلك

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)
(نقض جنائي ١٩٦٩/٥/١٩ س٢٠ ص٧١١)

الطائرة تعد مكانا عاما اثناء ارتياد الجمهور لها . فقد الشيكات السياحية في الطائرة بسبب غير إرادى من الطاعن مؤداه احقية من عثر عليها في إقتضاء المكافأة دون التقيد بمدي أحقية الناقل الجوي في الرجوع عليه أو بمدي احقية الطاعن في الرجوع علي الشركة الناقلة وبإمكان صرف الشيكات لغير صاحبها من عدمه .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

ايجار

ايجار الاماكن :

الامتداد القانونى :

عقد ايجار المسكن . لا ينتهي بوفاة المستأجر أو تركه له . امتداده لصالح زوجه أو أولاده أو والديه المقيمين معه إقامة مستقرة حتي الوفاة أو الترك . الانقطاع العارض عن الاقامة مهما استطالت مدته . لا يحول دون قيامها .

(الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ق "هيئة عامة" ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

تمسك ولدي المستأجر بأنهما لم يتخليا عن الاقامة بالشقة المؤجرة لوالدهما وحتي وفاته ، وان اقامتهما بمسكن آخر مع والدتهما بعد طلاقها كان بصفة مؤقتة رفض الحكم طلبهما بامتداد العقد اليهما استنادا الي انهما لم يقيما فيها بشخصيهما . قصور . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ ق "هيئة عامة" ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

احتجاز اكثر من مسكن :

حظر احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد بغير مقتض . م٥ ق٥٢ لسنة ٦٩ ، ٨ق ١٩٧٧/٤٩ . انصراف لفظ "البلد" الي المدينة أو القرية الواحدة وفقا للجداول المرفقة للقرار الجمهوري ١٧٥٥ لسنة ١٩٦٠ .لامحل لتحديد مدلول "البلد" طبقا لاحكام القرار الجمهورى ٤٩٥ لسنة ١٩٧٧ علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ق "هيئة عامة" ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

حظر احتجاز الشخص اكثر من مسكن فى البلد الواحد بغير مقتضى . مدلول " البلد " لا يتسع لاكثر من مدينة وقوع أحد المسكنين بمدينة الجيزة والآخر بمدينة القاهرة . خروجه عن نطاق الحظر .

(الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ ق " هيئة عامة ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

حظر احتجازالشخص اكثر من مسكن فى البلد الواحد دون مقتضى . م ٨/ ١ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . المقصور بالمسكن . جواز اشتماله على وحدتين لكل منهما عقد ايجار مستقل . شرطة اتجاه ارادة المتعاقدين الى اعتبارهما مسكناواحدا . اغفال الحكم المطعون فيه التحقق من المتعاقدين خطأ .

(الطعن رقم ٣١١١ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨ .

تقدير الاجرة :

القواعد الموضوعية والاجرائية المتعلقة بتقدير الاجرة الواردة فى القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . اقتصار سريانها على الاماكن المرخص فى اقامتها بعد العمل باحكامه فى ١٩٨١/٧/٣١ . مؤداه القواعد الموضوعية بتقدير الاجرة فى القوانين السابقة والقواعد الاجرائية المتعلقة بطرق الطعن فى الاحكام الواردة فى القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . استمرار سريانها على الامكان غير الخاضعة لاحكام تقدير الاجره بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

التاخر فى سداد الاجرة :

الأجرة المستحقة على المستأجر .. ما هيتها . م ١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . تخلف المستأجر عن سداد قيمة استهلاك المياه . اعتباره نكولا عن دفع الأجرة . خضوعه لذات أحكام التأخر فى الاجرة .

(الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨ س ٣٠ ع١ص٦٥٦)

عقد الايجار :

عقد الايجار . عقد رضائى . خضوعه لمبدأ

سلطان الارادة فى حدود ما فرضته التشريعات من قيود . الأصل فى الارادة المشروعية . ما يلحقها من بطلان . مناطه .

(الطعن رقم ٣١١١ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

الأماكن المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة لإنتفاع الأفراد بها . أموال عامة . تصرف السلطة الادارية فيها لايكون إلا على سبيل الترخيص المؤقت ومقابل رسم لا أجره . هذا الترخيص من الأعمال الادارية التى يحكمها القانون العام ولاتخضع للقانون الخاص أو القيود التى تفرضها قوانين ايجار الأماكن . الترخيص بشغل وحدات مبنى الهيئة العامة لميناء الاسكندرية بمحطة الركاب البحرية . عدم اعتباره عقد ايجار . مؤداه . عدم اختصاص لجان تحديد الأجره بتقدير القيمة الايجارية لتلك الوحـــدات .

(الطعن رقم ١٥٩٧ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

الدعاوى الناشئة عن عقد الايجار :

دعوى المؤجر فى ظل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ باخلاء العين المؤجرة كعيادة طبية لتنازل المستأجر عنها دون اذن كتابى صريح منه . صدور القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية أثناء نظر الاستئناف .أثره . عدم جواز الحكم بالاخلاء . علة ذلك . م ٥ ق ٥١ لسنة ١٩٨١ .

(الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

سريان الميعاد المخول للمستأجر الطعن خلاله على قرار تحديد الأجرة الصادر قبل استئجاره للعين . م١٤ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . مناطه . العلم اليقينى بسبب صدور القرار وبأنه المستأجر الأول للعين . استقلال محكمة الموضوع باستخلاص علم المستأجر . شرطه .

(الطعن رقم ٧٤٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

ب

بنوك

جواز الاحتفاظ والتعامل بالنقد الأجنبى داخل البلاد فى نطاق الموارد الناتجة عن غير عمليات التصدير السلعى والسياحة التى تستحق للقطاع الخاص طالما كانت هذه المتحصلات غير واجبه الاسترداد إلى ج . م . ع . أثره - جواز الوفاء من هذه الموارد عن طريق المصارف المعتمدة . مفاد ذلك . صحة الالتزام بالوفاء بالنقد الأجنبى . مناطه . أن يتضمن الالتزام بيان الوسيلة المصرفية المعتمدة التى يتم الوفاء من خلالها .

(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٦٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

بيع

الوعد بالبيع :

انعقاد الوعد بالبيع . شرطه . اتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية للبيع الموعود به والمدة التى يجب فيها على الموعود اظهار رغبته فى الشراء لابرام العقد

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ س٢٨ص٨٦٥)
(نقض جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ س٢٤ص٦٤٩)

عقد البيع الابتدائى :

مشترى العقار بعقد غير مسجل . انصراف عقد الايجار اليه شرطه أن يكون قد سجل عقده أو أحال البائع اليه عقد الايجاروقبل المستأجر هذه الحوالة أو

أعلن بها . مؤدى ذلك . ليس له ـ قبل ذلك ـ أن يطالب المستأجر بشئ بالطريق المباشر. علة ذلك

(الطعن رقم ٢٢٠٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٢٥ س ٣٣ع١ص٣٢٥)

عدم تسجيل المشترى عقده . أثره . بقاء العقار على ملك البائع . تصرف الأجير بالبيع فى ذات العقار . صحيح . العبرة فى انتقال الملكية بأسبقية التسجيل .

(الطعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ س٢٨ص١٥٣٢)

وصف العقد بأنه ابتدائى ـ لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى دلت صيغته على التزام طرفيه بالوفاء بما التزما به على وجه قطعى لايقبل العدول .

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)
(نقض جلسة ١٩٤٤/١٢/٢٦ مجموعة الربع قرن ص ٧١٤ قاعدة ٥٢)

عقد البيع غير المسجل . أثره . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى المشترى بطلب طرد الغاصب من العين المبيعة والزامه باداء الريع مدة الغصب بحجة أنه لم يكتسب ملكيتها بعد وأنه لم يضع يده عليها منذ شرائها خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ١٦٤٦ لسنة ٥٤ ق ـ جسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٧٣/١/٣ س٢٤ص٤)
(نقض ١٩٧٩/٥/٢٨ س٣٠ع٢ص٤٦١ ، ٨٦/٢/٩ ـ الطعن ١٧٦٨ لسنة ٥٢ ق)

المشترى بعقد لم يسجل . دائن شخصى للبائع . له مطالبته بالتسليم ولو تراخى نقل الملكية الى وقت التسجيل القضاء بالتسليم للمطعون عليها الأولى دون بحث دفاع الطاعنين أن مورثهم اشترى أرض التداعى ووضعوا يدهم على جزء منها . قصور .

(الطعن رقم ٢٥٨٥ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٤)
نقض جلسة ١٩٧٩/٥/٢٨س٣٠ص٤٦١)

عقد البيع . أثره . نقل منفعة المبيع منقولا أو عقارا الى المشترى من وقت تمام العقد مالم يوجد اتفاق أو عرف مخالف . عدم تسجيل العقد . لا أثر له . م ٢/٤٥٨ مدنى . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)
(نقض جلسة ٧٣/١/٣ س٢٤ع١ص٩)

ثمار المبيع حق للمشترى من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل سواء نقلت الملكية الى المشترى أم تراخى انتقالها اليه .

(الطعن رقم ٩٢٤٠ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)
(نقض جلسة ٧٧/٦/٢٨ س ٢٨ص ١٥٣٢)

بيع العقار بعقد غير مسجل . تبقى به الملكية للبائع ولورثته من بعده . بيع الوارث ذات العقار . صحيح . تسجيل المشترى من الوارث العقد قبل أن يسجل المشترى من المورث عقده . أثره . انتقال الملكية إلى الأخير . طالما أن المشترى من المورث لم يؤشر بدينه باعتباره دائنا للتركة على هامش تسجيل اشهاد الوراثة خلال سنة من تاريخ شهر حق الارث . مادتان ٩ ، ١٤ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

بيع العقار بعقد غير مسجل . بنقل الملكية بالنسبة للعاقدين ومن ينوب عنهما . المادتان ٢٦٦ ، ٢٧٠ مدنى قديم . مؤدى ذلك . أمتناع احتجاج البائع وورثته على المشترى بعدم التسجيل . أثره بطلان البيع الصادر من الورثة عن ذات العقار بعقد مسجل . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

بيع العقار بعقد غير مشهر . ينقل الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به أثره للمشترى انشاء حق ارتفاق على المبيع علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

آثار البيع . انتقال منفعة المبيع ـ منقولا أو عقارا ـ الى المشترى من تاريخ ابرام العقد ولو لم يسجل . مناطه عدم وجود اتفاق أو عرف مخالف .

(الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨) .

ركن الثمن :

الثمن اعتبـاره ركنـا اساسيا فى عقـد البيع لا يعنى اشتراط تعيينه بالفعل فى العقد . كفاية قابليته للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الاسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد المادتان ٤٢٣ ، ٤٢٤ مدنى .

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٩)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ س ٣١ ص ٣٠٨)

تحديد ثمن المبيع . جواز تفويض الاجنبى فى تقديره . التزام طرفى العقد به بحسبانه وكيلا عنهما اعتبار العقد مستكملا عناصره ومنها الثمن من تاريخ التفويض . م ١/٤٢٣ مدني .

(الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٨)
(قرب نقض جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ س ٣١ع١ ص ٣٠٨)
(قـرب نقض جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٩ ـ الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٤ ق)

ركن الثمن في عقد البيع . كفاية ان يكون قابلا للتعيين سبيله . اتفاق الطرفين صراحة او ضمنا علي الاسس التي يحدد بمقتضاها .

(الطعن رقم ١١٤٢ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١)
(نقض جلسة ٨٠/١/٢٨ س ٣١ ص ٣١٨)

التزامات المشتري :

الوفاء بالثمن :

اعتبار ما يودعه المشتري خزانة المحكمة من مبالغ للوفاء بباقي الثمن مبرئا لذمته . شرطه . الا يعلق صرف هذه . المبالغ للبائع علي شرط لا يحق له فرضه . وفاء المشتري بدين علي البائع لمصلحة الضرائب وهيئة التأمينات الاجتماعية تنفيذا لحجزين ادازيين موقعين منهما تحت يده وايداعه الباقي من الثمن خزانة المحكمة مشروطا برفع هذين الحجزين . جائــز .

(الطعن رقم ٢٦٩٩ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ س ٢٩ص ١٣٢٨)

جواز وفاء المشتري بالثمن بالإيداع دون عرضه على البائع وتعليق صرفه . شرطه . إمتناع البائع عن تنفيذ التزاماته . إيداع المشترين الثمن دون العرض وتعليق صرفه علي تنفيذ البائع التزاماته . صحيح ..

(الطعن رقم ٧٧٤ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

التزامات البائع :

الالتزام بضمان عدم التعرض للمشترى :

التزام البائع وورثته بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه . التزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر . م ٤٣٩ مدنى لا يمنع من اكتسابهم ملكية العين المبيعة بالتقادم بعد تاريخ البيع ـ متى توافرت شروطه .

(الطعن رقم ٢١٨٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٧)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/١٠س٣١ع٢ص١٧٢٦)

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى سجل العقد أم لم يسجل . علة ذلك . فشل البائع فى منع تعرض الغير للمشترى ، وجوب تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض .

(الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨)
نقض جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ س٢٦ع١ص٨٤٤)

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى . التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده الا اذا توافرت له بعد البيع شروط التقادم المكسب . م ٤٣٩ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ س٣١ ع٢ ص١٧٢٦)
(نقض جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ ـ الطعن ٢١٢٩ لسنة ٥٢ ق)

التزام البائع بضمان التعرض القانونى . شرطه . عدم الاتفاق على اعفاء البائع منه صراحة أو ضمنا . شهر قرارى نزع الملكية وورودهما بسند ملكية البائعين لايستفاد منه وجود مثل هذا الاتفاق .

(الطعن رقم ١٥٥٧ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)
(الطعن رقم ٢١٥٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشرى . التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر . انتقال هذا الألتزام من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم منازعة المشترى إلا اذا توافرت لديهم بعد البيع شروط وضع اليد على العقار البيع المدة المكسبة الملكية . دفعهم دعوى المشترى بصحة ونفاذ البيع بالتقادم المسقط . منازعة ممتنعة عليهم قانونا . دفعها بالتقادم المكسب قبل نقل الملكية للمشترى . دفع بالتقادم المسقط ولا يعتد فى حساب التقادم الا بمدته التالية لنقل الملكية والتسليم

(الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/١١ س٣١ ص ١٧٢٦)

الالتزام بتسليم المبيع :

تسليم المبيع تمامه بوضع المبيع تحت تصرف المشترى للانتفاع به دون حائل مع اعلامه بذلك ولو لم يستولى عليه استيلاء ماديا . علة ذلك . القضاء به للمشترى رغم براءة ذمة البائع منه خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

الالتزام بنقل الملكية :

تمسك البائع باستحالة تنفيذ التزامه بنقل الملكية الى المشترى لانتقال الملكية الى آخر قبل تسجيل صحيفة الدعوى أو قبل صدور الحكم فيها . عدم اعتباره تعرضا منه للمشترى .

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٧٠/٣/٣ س ٢١ ص ٣٢١)

ضمان العيوب الخفية :

دعوى ضمان العيب الخفى . تقادمها بمدة سنة من تاريخ تسليم المبيع عدم جواز الاتفاق على مدة أطول أو أقصر للتقادم . علة ذلك . أقرار المشترى بمعاينة المبيع عند تسلمه المعاينة النافية للجهالة لا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى .

(الطعن رقم ١٤٧٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٥)
(نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ ـ الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٢ ق)
نقض جلسة ١٩٧٠/٤/١٣ س ٢١ ع ٢ص ٩٩٧ ، ٦٢/٦/١٤. س ١٣ ع٢ص ٨٠٨)

أعتبار العيب خفيا . شرطه . استخلاص وجود عيب خفى فى المبيع وتقدير علم المشترى به واهماله فى كشفه والاخطار عنه خلال مدة معقولة . من

مسائل الواقع استقلال محكمة الموضوع بتقديرها .

(الطعنان رقما ١٨٢٩ ، ١٨٧٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)

نقض جلسة ١٤/٦/٦٢ س ١٣ ص ٨٠٨)

دعوى صحة التعاقد :

تمسك المدعى فى دعوى صحة التعاقد بالحكم الصادر ضد من آل اليه حق عينى على العقار المبيع من البائع تحققه سواء بالتأشير بمنطوق الحكم أو بشهر الحكم كاملا يستوى أن يكون الحكم فاصلا فى موضوع النزاع أو مقتصرا على التصديق على محضر الصلح . علة ذلك .

(الطعنان رقما ٩٥٦ ، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧)

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، مقصودها . تمسك المشترى قبل البائع له بتملك المبيع بالتقادم بضم مدة وضع يد سلفه الى وضع يده هو . غير جائز . امكان تمسكه به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له مؤدى ذلك طلب المشترى قبل البائع له صحة ونفاذ عقد البيع الصادر منه وقبل غيره تملكه العقار المبيع بالتقادم . لا تناقض .

(الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٤ س٣٢ ص ١١٢٢)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ س٢٩ ص٦١٥)

إقامة المشترى دعوى صحة ونفاذ العقد ضد البائع له . لا يعد اقرارا منه بتنازله عن التمسك بالتقادم قبل الغير بضم مدة حيازة سلفه البائع له الى مدة وضع يـــده .

(الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(الطعن رقم ١٤٨٧ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

تكييف الخصوم للدعوى . لا يقيد محكمة الموضوع . التزامها باعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها الصحيح . العبرة فى الطلبات بحقيقة المراد منها . طلب بطلان أو ابطال عقد بيع لصدوره من غير مالك. حقيقته . طلب بعدم نفاذه فى حق مدعى الملكية .

(الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

دفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشترى عن الوفاء . بالثمن لا يقبل الا من أحد طرفى العقد .

(الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

دعوى صحة التعاقد . ما هيتها ، عدم تسجيل البائع عقد شرائه وجوب اختصام المشترى البائع للبائع له والا كانت دعواه غير مقبولة . حق القرار . لا ينشأ ولا ينتقل الا بالتسجيل . المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى . ملكية المنشأت قبل تسجيل سند البانى لبائع الأرض بحكم الالتصاق .

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٥ س٣٢ ع١ ص ٦٣٢)

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . ما هيتها . أجابة المشترى الى طلبه . شرطه أن يكون البائع مالكا حتى يكون انتقال الملكية الى المشترى ممكنا .

(الطعن رقم ١٢٠٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٤ س ٣٢ ص ١١٢٢)

دعوى صحة التعاقد . ماهيتها . اتساعها لبحث كل ما يثار فيها بشأن بطلان العقد .

(الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٧٣/٤/١٢ س٢٤ص٥٩٦)

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . ما هيتها . وجوب بحث ما يثار من منازعات فيها بشأن الملكية وبحث ما يثار فيها من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه .

(الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)
(نقض جلسة ١٩٨٣/١/١٩ س٣٤ ع١ص٢٥٨ ، ٨١/١٢/١٠ س ٣٢ ع٢ ص ٢٢٥٦)

دعوى صحة ونفاذ . عقد البيع . ماهيتها وجوب بحث ما يثار فيها من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه . لايجاب المشترى الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الصادر فيها ممكنين . مؤدى ذلك . تمسك الخصم المتدخل بشرائه العقار من ذات البائع بموجب عقد سجل أو اتخذت اجراءات تسجيله . الحكم بصحة عقده مانع من العودة الى الادعاء ببطلانه أو بطلان تسجيله فى دعوى تاليه .

(الطعن رقم ١٩٩٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)
(نقض جلسة ٦٦/٤/٢١ س ١٧ص١٩٩)
(نقض جلسة ٧٠/٣/٣س ٢١ص ٣٢١)
(نقض جلسة ٨٤/٢/١٤ ـ الطعن ٤٤ لسنة ٤٩ ق)

دعوى صحة التعاقد . ما هيتها . الفصل فيها لايستلزم بحث تحقق شرط خارج نطاق التعاقد ما لم يرد قيد فى القانون بذلك .

(الطعن رقم ٩٩٢ لسنة ٥٥ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

دعوى صحة التعاقد . عدم اعتبارها من الدعاوى التى لا تقبل التجزئة الا اذا كان محل العقد غير قابل لها بطبيعته أو بحسب قصد طرفيه . مؤداه . لمحكمة الموضوع بحث دعوى المشترى فى حدود القدر المملوك للبائع دون حاجة الى تعديل طلباته الى القدر الاقل .

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)
(نقض جلسة ٧١/١١/١٥ س٢٢ص١١٣٥)

عدم تقديم شهادة مصلحة الضرائب بسداد رسم الايلوله فى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع صادر من وارث العقار لا يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذ مادامت قد توافرت شروطها . علة ذلك . محل لاعمال الحظر الوارد فى المادة ق ١٤٢ بغرض رسم الايلولة على التركات على أحكام المحاكم .

(الطعن رقم ٩٩٢ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

دعوى صحة التعاقد ـ ما هيتها . عدم تسجيل البائع عقد شرائه . وجوب إختصام المشترى البائع له .

(الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤) .

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع مقصودها . القضاء بعدم قبول الدعوى لعدم تسجيل البائع عقد شرائه هو لا يتعلق بدفع شكلى موجه الى اجراءات الخصومه وإنما بالصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى . إستنفاد المحكمة بإصداره ولايتها فى الفصل فى الدعوى . مؤدى ذلك التزام محكمة الاستئناف بالفصل فى موضوع الدعوى فى حالة الطعن فى الحكم لديها .

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)
(نقض جلسة ٨١/١٢/١٠ س٣٢ ص ٢٢٥٦)

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . ما هيتها

(الطعن رقم ٧٦٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

تزاحم المشترين :

المفاضلة عند تزاحم المشترين بشأن عقار واحد . أساسها . الاسبقية فى الشهر . شرط ذلك كون المتصرف واحدا . تزاحم مشترين من بائعين أحدهما

مالك والاخر غير مالك . المفاضلة لمن تلقى الحق من المالك ولو لم يسجل عقده ..

(الطعن رقم ٦٧٠ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٦)
(الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢)

السبب الصحيح المؤدى لكسب ملكية العقار بحيازته خمس سنوات مع حسن النية م ٩٦٩ مدنى . ما هيته . عدم جواز تمسك المشترين المتزاحمين أحدهم قبل الآخر بتملك العقار المبيع بالتقادم الخمسى طالما كان البائع لهم واحدا .

(الطعن رقم ٢٢٧٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٣ س ٣٣ص ١٦٢)

المفاضلة عند تزاحم المشترين بشأن عقار واحد أساسها . الاسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشترى الأسبق تدليس أو تواطؤ مع البائع طالما كان تعاقده مع مالك حقيقى .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

فسخ عقد البيع :

سلب القاضى كل سلطة تقديرية عند الاتفاق فى عقد البيع على الشرط الفاسخ الصريح . مناطه . استخلاص محكمة الموضوع ان تقاعس المشترى عن الوفاء بباقى الثمن فى الميعاد كان مشروعا بسبب عدم سعى البائعين اليه فى موطنه وفقا لما يوجبه القانون . مؤداه . وجوب التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقى .

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)
(نقض جلسة ١٩٧٥/٤/٩ س٢٦ ص ٧٨٧)
(نقض جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦س٢١ص١١٨١)

فسخ عقد البيع . أثره . عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . مؤدى ذلك . تقادم دعوى الفسخ بمضى خمسة عشر عاما . أثره . للبائع أن يطالب خلال هذه المدة بثمار المبيع مثال .

(الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٠ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

بطلان البيع :

الاثر الرجعى لبطلان البيع أو ابطاله أو فسخه . مؤداه . أعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ومنها رد المبيع الى البائع . شرطه . الا تكون ملكية المبيع قد الت الى المشترى بسبب آخر من أسباب كسب الملكية .

(الطعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

تصرف المالك بالبيع بالمخالفة للمادة ٨٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أو المادة ٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . جزاؤه . بطلان التصرف اللاحق بطلانا مطلقا تعلقه بالنظام العام . سبق صدور حكم جنائى نهائى بذلك . لا محل له . علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(قرب نقض جلسة ٨٢/١١/١٠ س ٣٣ص ٨٨٧)

بطلان بيع الوفاء . شرطه . احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة . م ٤٦٥ مدنى . أدراج هذا الشرط فى ذات عقد البيع غير لازم . جواز اثباته فى ورقة لاحقه متى توافرت المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع .استظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى استرداد المبيع فى بيع الوفاء . من مسائل القانون .

خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(الطعنان رقما ٢٦٥٧ لسنة ٥٦ ق ، ٢١٣٩ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

بيع المالك المبنى أو جزء منه لمشترى ثان بعقد لا حق ولو كان مسجلا بعد سبق بيعه لمشتر آخر . باطل بطلانا مطلقا . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٤٨٩ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)
(نقض جلسة ١٠/١١/٨٢ س ٣٣ص٨٨٧)

بعض انواع البيوع :

بيع املاك الدولة الخاصة :

بيع الأملاك الخاصة بالدولة . القبول فيه . تصديق من يملكه . الاستثناء . خضوع التصرف للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . عدم استظهار الحكم ما اذا كانت أرض النزاع من أملاك الدولة الخاصة فيشترط تصديق وزارة المالية على بيعها ، أم أنها مستثناه . قصور .

(الطعنان رقما ٩٢٤، ٩٤٣ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٢٣ س٣٣ص ٣٢٠)

إختصاص المجلس الشعبى المحلى للمركز لايتسع لبيع زوائد التنظيم مؤدى ذلك بيع زوائد التنظيم دون موفقة الجهة المختصة خطأ فى تطبيق القانون .

مادة ١٨ من لائحة شروط وقيود بيع أملاك الميرى الحرة الصادرة فى ١٩٠٢/٨/٣١ ، م ٤٣ من اللائحة التنفيذية من قانون الادارة المحلية رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ ، الفقرة الاولى من م١ ، المواد ٣ ، ٤١ ، ٤٦ ، ١٠٩ من ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، المادة ٧ من اللائحة التنفيذية ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩ .

(الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ٣٠/ ١٠/ ١٩٨٨)
(نقض جلسة ١٩٧٧/١١/٩ س ٢٨ ع٢ص١٦٣٩)

الاختصاص بالتصديق على بيع املاك الدولة الخاصة فى نطاق المدن والقرى . انعقاده للمحافظين . مؤدى ذلك . المفاوضات التى تقوم بين الجهة البائعة وراغبى الشراء لا يتم بها التعاقد الا بالتصديق على البيع من المحافظ المختص . علة ذلك . م ١ من قرار رئيس الجمهورية ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦، م ٢٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، والمواد ٨ ، ١٧ ، ١٨ من لائحة شروط بيع املاك الميرى الحرة الصادرة فى ١٩٠٢/٨/٣١ .

(الطعن رقم ٢١١٣ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

قاعدة عدم جوار تنازل المستأجر عن الايجار بغير إذن من المالك . عدم سريانها على الاماكن المؤجرة للمؤسسات العامة بعد إلغائها . لوزير المالية أن يبيع بالجدك ما كانت تستأجره من أماكن إلى الهيئات الخاضعة لقوانين استثمار المال العربى والأجنبى متى توافرت فيها بعض مقوماته المادية . م ٨ ق ١١١ لسنة ١٩٧٥ المعدل . عدم وجوب أن يكون المكان المؤجر متجرا فى حكم القانون . علة ذلك .

(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٦٣ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٧) .

بيع ملك الغير :

بيع ملك الغير. اقرار المالك به . أثره . سريان العقد في حقه وانقلابه صحيحا في حق المشتري . م ٤٦٧ مدني . سبق تصرف المالك بالبيع لمشتر آخر قبل تسجيل عقده . لا أثر له .

(الطعن رقم١١٢٧السنة٥٤ق ـ جلسة١٩٨٨/١/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ س ٢٢ ص ١٠٩٦)
(نقض جلسة ١٩٦٨/٣/٢٦ س ١٩ ص ٥٩٣)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ س ١٨ ص ١٩٣٢)

بطلان بيع ملك الغير . مقرر لمصلحة المشتري . مؤدي ذلك . بقاء العقد قائما منتجا لآثاره الي أن يتقرر بطلانه .

(الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٤ق ـ جلسة ١٦ / ١٩٨٨/٣)
(نقض جلسة ١٤/ ٦٣/٣ س ١٤ص٢٩٨)

بيع ملك الغير . سبب صحيح للتملك بالتقادم الخمسي . شرطه . وجوب أن يكون مسجلا . ابطال سند المالك او بطلانه او انعدامه لا اثر له . علة ذلك سوء نية البائع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسي . مناطه . ثبوت علم المتصرف اليه وقت تلقي الحق بعدم ملكية المتصرف لما تصرف فيه او قيام ادني شك لديه فى ذلك . تقدير توافره . من سلطة قاضي الموضوع .

(الطعون ارقام ٣٠٤ ، ٦٥٣ ، ٧٩٢ ، لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦) -
(الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٩ جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ س ١٥ ص ٦١٤)

بيع ملك الغير . للمشتري وحده طلب ابطاله . عدم طلبه ذلك . بقاء عقد البيع منتجا لآثاره بين طرفيه ومنها التزام البائع بعدم التعرض تملك البائع للمبيع بالميراث . عدم أحقيته في طلب اثبات ملكيته لـه قبـل المشـترى . علة ذلك المـادتان ٤٦٦ ، ٤٦٧ مدني .

(الطعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١٦)

بيع ملك الغير . باطل بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري . مطالبة الأخير البائع بتنفيذ التزاماته . اعتبارها إجازة للعقد . انتقال الملكية . شرطه . اقرار المالك الحقيقي بالبيع أو أيلولة المبيع إلي البائع .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

بطلان بيع ملك الغير . مقرر لمصلحة المشتري . له دون غيره طلب ابطال العقد . بقاء العقد منتجا لآثاره ما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه . للمشتري عندئذ مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته .

(الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٦٣/٣/١٤س١٤ع١ص ٢٩٨)

بيع المال الشائع :

بيع المالك علي الشيوع ملكه مفرزا . لا يبطل عقد البيع . توقف تحديد المبيع علي نتيجة القسمة او اجازة باقي الشركاء . اثره . لا يجوز لمن يدعي استحقاق المبيع لنفسه شريكا علي الشيوع او بتلقي ملكه من شريك على الشيوع . بذلك إلا بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيبه هو . الادعاء قبل ذلك سابق لأوانه غير مقبول .

(الطعن رقم ٢٣٠٠ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٧)
(الطعن رقم ١٤٦١ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٩)

بيع المالك علي الشيوع حصته مفرزة للغير . بيع صحيح معلق علي نتيجة القسمة او اجازة الشركاء في الشيوع . اعتباره في حكم التصرف في قدر شائع بالنسبة لهم . مؤدي ذلك . ثبوت حقهم في اخذ الحصة المبيعة بالشفعة . المادتان ٨٢٦، ٩٣٦ مدنى .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١ س٣١ ص ١٢٨٣)

دلالة العربون :

دفع العربون . قرينة قانونية علي جواز العدول عن البيع . جواز الاتفاق علي انه يفيد البت والتأكيد.

(الطعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ س٣١ص١٩٩٢)

ـ ت ـ

تأميم ـ تأمين ـ تركة ـ تسجيل ـ تضامن ـ تعويض ـ تقادم ـ تقسيم ـ تنظيم .

تأميم

تأميم بعض الشركات بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٤ بأثر رجعي من تاريخ العمل بالقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ . أثره . عدم أحقية أصحاب الشركة المؤممة فيما يتحقق من ارباح من تاريخ العمل بالقانون الأخير . لا يغير من ذلك قيد الشركة في دفاترها ارباحا لحسابهم عن تلك الفترة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٣٧٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٧٩/١١/٢٧ س٣٠ ع٣ص٩٢)

تأمين

القانون الواجب التطبيق :

إحالة القانون إلي بيان محدد في قانون آخر . أثره . إعتباره جزءا منه يسري بسريانه دون توقف علي سريان القانون الذي ورد به أصلا . الغاء القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ . لا أثر له علي اعتبار بيان المادة السادسة منه جزءا من المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ . مؤدي ذلك . بقاء التأمين الاجباري على السيارات الخاصة قائما لصالح الغير دون ركابها .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٤ ق ـ ١٩٨٨/٤/١٦)
(الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥)

احالة القانون الي بيان محدد في قانون آخر . اثره اعتباره جزءا من القانون الأول . الاحالة المطلقة . أثرها . وجوب التقيد بما يطرأ علي القانون المحال اليه في هذه الحالة من تعديل أو تغيير إحالة المادة الخامسة من القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري علي السيارات علي البيان الوارد في المادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ عدم تأثره بالغاء القانون الأخير بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ س٣٣ ع٢ ص ١٢٥٠)

التزام شركة التأمين بتعويض المضرور . شرطه . أن تكون السيارة المتسببة في الحادث مؤمنا عليها لديها وقت وقوعه بوثيقة سارية المفعول . وان تثبت مسئولية قائدها عن الضرر .

(الطعن رقم ٢٠٣٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢١ س ٣٢ص١٥٦٣)

الزام شركة التأمين بمبلغ التعويض . شرطه . تحقيق مسئولية المؤمن له بحكم قضائي نهائي . سواء في دعوي سابقة ضده أو في ذات الدعوي المباشرة التي اقامها المضرور علي شركة التأمين . م ١/٥ ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ . معاودة الحكم المطعون فيه بحث مسئولية المؤمن له رغم ثبوتها بحكم نهائي . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ١٧٥٧ لسنة ٥٤ ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٤)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٣ س ٣١ ص ١٦٥١)

المضرور من حادث السيارة المؤمن عليها إجباريا.حقه في الرجوع مباشرة علي شركة التأمين لاقتضاء التعويض عما اصابه من ضرر نتيجة الحادث

دون إشتراط إستصداره حكما بتقرير مسئولية المؤمن له عن الحادث أو إختصامه هو او قائد السيارة ق ٦٥٢ سنة ١٩٥٥ .

(الطعن رقم ١١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٦)

التزام المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة او عن أية اصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث السيارة . مؤدي ذلك . التزامه بما يحكم به قضائيا من تعويض مهما بلغت قيمته . م٥ ق٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري .

(الطعن رقم ٣٩٩ لسنة٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

التأمين الاجباري من حوادث السيارات . لشركة التأمين الرجوع علي مالك السيارة المؤمن له . بما دفعته من تعويض للمضرور . متي تبين أن هذا الاخير قد وافق علي قيادة مرتكب الحادث للسيارة دون رخصة قيادة .

(الطعن رقم ١٨١٦ لسنة ٥٤ ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

إحالة القانون الي بيان محدد في قانون آخر . اثره . اعتباره جزءا منه يسري بسريانه دون توقف علي سريان القانون الذي ورد به أصلا . الإحالة المطلقة . أثرها . وجوب التقيد بما يطرأ علي القانون المحال اليه في هذه الحالة من تعديل أو تغيير . إحالة المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري علي السيارات علي البيان الوارد في المادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ ، عدم تأثره بالغاء القانون الأخير . مؤدي ذلك . إستمرار التأمين علي السيارة الخاصة لصالح الغير دون الركاب .

(الطعن رقم ٤٦٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ س٣٣ ع٢ ص. ١٢٥)
(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٧ س٣٠ ع٣ ص٤٠٣)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ س٢٣ ص١٦٨)

تحديد نطاق العقد . مفاده . عدم الاقتصار على الزام المتعاقد بما ورد فيه من التزامات إنما يضاف اليه ما يعتبر من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وما يوجبه حسن النية فحسب . مؤدي ذلك عدم التزام المؤمن له في عقد التأمين بأن يدفع دعوي المضرور بالتقادم طالما لا يوجد نص صريح في القانون أو في الوثيقة يقضي به . علة ذلك . م ١٤٨ مدني ، ق ٦٥٢ لسنة ٥٥ في شأن التأمين الاجباري من حوادث السيارات .

(الطعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

دعوى المؤمن له قبل المؤمن :

حق المؤمن له في الرجوع علي المؤمن بمقتضي عقد التأمين . استقلاله عن حق المضرور في الرجوع علي المؤمن مباشرة . ق٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ . القضاء برفض دعوي الضمان المقامة من المؤمن له قبل المؤمن استنادا الى عدم استفادته من التأمين.خطأ في القانون

(الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٧ س ٢٨ ص ٦٣٠)

رجوع المؤمن على المؤمن عليه بقيمة ما أداه من تعويض . عدم تقيده بالحالات المنصوص عليها فى البند الخامس من وثيقة التأمين الاجبارى . مؤدى ذلك جواز رجوع المؤمن على المؤمن له بقيمة ما أداه رضاءا من تعويض الى المضرور فى حالة إخلال المؤمن له بالواجب المفروض عليه فى استعمال السياره والاحتياطات المعقولة لجعلها صالحة للاستعمال .

المادتين ٦ و ١٦ من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى والبندين ٤ و ٦ من وثيقة التأمين على المقطورة الصادرة وفقا لذلك القانون .

(الطعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

النص فى البند ج من الشرط الخامس من وثيقة التأمين على جواز رجوع المؤمن على المؤمن له بقيمة ما أداه من تعويض للمضرور حالة ثبوت قيادة السيارة بمعرفة المؤمن له أو شخص آخر قادها بموافقته دون رخصة قيادة شرط صحيح . علة ذلك م ١٦ ق لسنة ١٩٥٥ وم ٧٥٠/١ ، ٣ ، ٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)
(الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٥/١٤)
(نقض ١٩٧٦/٦/٨ س٢٧ص١٢٩٩)

بطلان الشروط الواردة بوثيقة التأمين . شرطه م٧٥٠/ ١ ، ٣ ، ٥ مدنى . الشرط الذى يقضى بسقوط الحق فى التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح بصفة عامة دون تحديد لمخالفة معينة غير جائز استثناء بعض حالات الخطر المؤمن منه من التأمين . جائز متى كانت هذه الحالات محددة بوضوح فى شرط خاص ولو كان ضمن الشروط المطبوعة . الاتفاق فى الوثيقة على شروط تعسفية تتناقض مع جوهر العقد وتخالف النظام العام .غير جائز .

(الطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)
(الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/١١/١٢)

تقادم الدعوى :

رفع الدعوى الجنائية مانع قانونى يتعذر معه على المضرور مطالبة المؤمن بحقه . أثره . وقف سريان التقادم . م ٣٨٢ مدنى عودة سريان مدة التقادم اعتبارا من تاريخ صدور حكم نهائى بإدانة الجانى أو تاريخ سقوط الدعوى الجنائية بعد رفعها . علة ذلك.

(الطعن رقم ٥٦١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١٤ س٣٣ ص ١١٨٨)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/٤ س ٢٣ ص ٦٤٤)

دعوى المضرور المدنية بالتعويض قبل المؤمن لديه . وقف سريان تقادمها طوال مدة المحاكمة الجنائية . عودة سريان المدة بصدور الحكم الجنائى النهائى أو انتهاء المحاكمة . لا يغير من ذلك صدور القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٦ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢١) .
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٤ س ٣٣ ع١ص١١٨)

مدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن فى التأمين الاجبارى من حوادث السيارات . بدء سريانها من وقت وقوع الفعل المسبب للضرر . دعوى المؤمن له قبل المؤمن . بدء سريان تقادمها من وقت مطالبة المضرور للمؤمن بالتعويض .

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/١٣ س ٣٠ ص ١١١)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/٤ س ٢٣ ص ٦٣٥)

دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن فى التأمين الاجبارى من حوادث السيارات . وقف سريان مدة تقادمها طوال مدة المحاكمة الجنائية عودة سريان التقادم بانقضاء الدعوى الجنائية

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/٤ س ٢٣ص٦٣٥)

الأثر المترتب على رفع الدعوى والحكم فيها من قطع التقادم أو استبدال مدته . لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه . الحكم بالتعويض لا يقطع التقادم

ولا يستبدل مدته النسبة لشركة التأمين ما لم تكن طرفا فيه . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٠٥٧ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

التأمين الاجبارى على السيارة الخاصة :

١) التأمين الاجبارى على السيارة الخاصة . لا يشمل الاضرار التى تحدث لركابها ولا يغطى المسئولية المدنية عن الاصابات التى تقع لهم .

(الطعن رقم ٢٢٤٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)
(نقض ١٩٨٠/٥/٢٩ س ٣١ ص ١٥٩٨)

التأمين الاجبارى على السيارات الخاصة . لا يغطى المسئولية المترتبة عن وفاة وأصابة ركابها . م٥ ق ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولا يغير من ذلك الغاء القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ الذى احالت اليه المادة سالفة الذكر .

(الطعن رقم ٢١٠٤ لسنة ٥٤ ق / جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ س ٣٣ ع١ص١٢٥٠)

التأمين الاجبارى على السيارات الاجرة وتحت الطلب :

التامين الاجبارى على السيارات الخاصة والاجرة وتحت الطلب . نطاقه . المادة السابعة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ .

(الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٨٥/١٠/١٦ ـ الطعن رقم ٩٢٩لسنة ٥١ ق)

التأمين على السيارات النقل :

ترخيص تسيير السيارة النقل . يتضمن التصريح بوجود راكبين بها مؤدى ذلك . افادتها من التأمين على السيارة أينما كانا داخل السيارة سواء فى غرفة قيادتها أو صندوقها .

(الطعن رقم ١٧٣٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

(الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٥ ق ـ جلسة ١٩٨١/٤/١٥)

التأمين عن المسئولية المدنية على سيارة النقل. استفادة الراكبين المسموح بركوبهما منه سواء كانا فى كابينتها أو فى صندوقها صاعدين اليها أو نازلين منها م ١٦/هـ ق ٤٤٩ لسنة ٥٥ و م٥ ق٥٦٢ لسنة ٥٥ .ق .

(الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ س٣٣ ص ١٢٥٠)

التأمين عن المسئولية المدنية على سيارة النقل استفادة الراكبين المسموح بركوبهما منه دون تخصيص بأن يكونا من أصحاب البضاعة المحمولة عليه أو من النائبين عنهم وايا كان فى كابينة السيارة أو صندوقها صاعدين اليها أو نازلين منها . م ١٦ ق ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ . عاة ذلك .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦س٣٣ع ص ١٢٥٠)
(نقض جلسة ١٩٨٨/٣/٣ الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٤ ق)

تركة

الوصية . ما هيتها . تصرف فى التركة مضاف الى ما بعد الموت ينشأ بارادة منفردة . انعقادها بتحقق وجود. ما يدل عليها من تصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل التركة بحق من الحقوق ـ دون اشتراط شكل خاص . المادة الاولى من قانون الوصية

(الطعن رقم ١٢٢٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ س ٣٠ع١ ص ٨٩٨)

إنقضاء الحقوق المتعلقة بالتركات الشاغرة ولو

كان سببها الميراث بمضى خمسة عشرة سنة من تاريخ الوفاة .عدم سريانه على تركة غير شاغرة مادتان ١ و٢ق ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة .

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

انتصاب الوارث خصما عن باقى الورثة فى الدعوى التى ترفع من التركة أو عليها .شرطه.مثال .

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

تسجيل

دعوى صحة التعاقد . ما هيتها . عدم تسجيل البائع عقد شرائه . وجوب اختصام المشترى البائع للبائع له والا كانت دعواه غير مقبولة . حق القرار . لا ينشأ ولا ينتقل الا بالتسجيل . المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى .ملكية المنشأت قبل تسجيل سند المبانى لبائع الأرض بحكم الالتصاق .

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)

انسحاب اثر التأشير بمنطوق الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد الى تاريخ تسجيل صحيفتها . يكفى لا حداثه تسجيل صحيفة الدعوى بعد قيدها واعلانها ثم التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل الصحيفة . عدم اشتراط أن يكون تسجيل الصحيفة سابقا على صدور الحكم فى الدعوى . علة ذلك .

المواد ٩ و ١٥ ـ ١/١٧ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦

(مثال) .

الطعنان رقما ١٢٧٨ و ١٢٩٢ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)

تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة . أثره اعتبار حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق عينيه على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى .

(الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٢٦ س٣٤ ص ٣٠٨)

التراخى فى تسجيل التصرف . لا يخرجه عن طبيعته ولا يغير من تنجيزه . اشتراط رفع دعوى صحة التعاقد وتقديم صحيفتها للشهر العقارى خلال أسبوع من تاريخ ابرام العقد . عدم اعتباره شرطا واقفا تحقق ذلك الشرط أو تخلفه . لا أثرله على وجود العقد أو زواله . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق ـجلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١/١٣ س١٩ ص ٢٧١)

العبره فى نفاذ التصرف من المدين أو عدم نفاذه فى حق الحاجزين عموما والراسى عليه المزاد هى بشهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يكفى ثبوت التاريخ قبل تسجيل التنبيه . م ٤٠٥ مرافعات .

(الطعن رقم ١٩٥٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ س ٢٥ ص ٤٨٤)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ س ١٨ ص ١٨٢٦)

التأشير بمنطوق الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد أو تسجيله كاملا . ارتداد اثره الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى . مؤدى ذلك . حق المشترى فى الاحتجاج قبل كل من ترتب له حق عينى على العقار المبيع منذ تسجيل الصحيفة . المادتان ١٥ .١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٩ س ٣٢ ع١ص ١٣٤٠)

التسجيل . ما هيته . تقديم طلب الشهر إلى مأمورية الشهر العقارى وختمه بخاتم الصلاحية للشهر إجراء تمهيدى لا يعنى التسجيل م٢ ق١١٤ سنة٤٦ ق (مثال فى شفعه) .

(الطعن رقم ١٦٥٣ سنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/١٥ س ٢٨ع١ ص ١٤٤٣)

. المحررات ثابتة التاريخ رسميا قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ . عـدم سريان أحكام هـذا القانـون عليها . م ١٤ منـه .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

تضامن

المحكوم عليهم فى التزام بالتضامن . اقامة كل منهم استئنافا عن الحكم الصادر ضده . المحكمة هذه الاستئنافات . اثره . اعتبار كل منهم خصما فى الاستئنافات المنضمة .

(الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٤)
(نقض جلسة ١٩٧١/٦/٣ س ٢٢ ص ٧٣٤)

قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حق احد المتضامنين فى الاستئناف رغم مسئولية المتضامنين مع الآخرين . صحيح فى القانون . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٨ ق ـ جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٧٦/١١/٨ س ٢٧ ع٢ ص ١٥٣٥)
(نقض جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ س ٢٢ ع٣ص١١٣٣)
(نقض جلسة ١٩٥٨/١/٢٣ س٩ع١ص١١١)

تعويض

الخطأ الواجب للتعويض :

تكييف محكمة الموضوع للفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ من عدمه . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

استخلاص الخطأ الموجب للتعويض . التزام المحكمة ببيانه والأدلة التى استظهر منها وقوعه واستخلاصه عقلا من عناصر التحقيق . تخلف ذلك . قصور . مثال .

(الطعن رقم ١٠٨٧ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)
(نقض جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٦ س ٢٩ ص ١٦٣٢)

الضرر الموجب للتعويض :

٢) بيان عناصر الضرر المستوجب للتعويض . كفايته لتقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر . عدم وجود نص ملزم باتباع معايير معينة مؤداه استقلال محكمة الموضوع بتقديره حسـبما تتبينه من ظروف كل دعوى .

(الطعن رقم ١٢٩١ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠ س ٢٧ ص ١٨٥٧)

تعيين عناصر الضرر من مسائل القانون . خضوعها لرقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٧٠/١٢/٨ س٢١ص١٢٠٨)

وجوب تعويض كل من أصيب بضرر مادى أو أدبى .الضرر الأدبى نطاقه . م ٢/٢٢٢ مدنى .

(الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

التعويض عن الضرر المادى :

ثبوت حق المضرور فى التعويض عن الضرر المادى الذى لحقة من جراء اصابته . انتقال هذا الحق الى ورثته .

الطعن رقم ١١٩٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

تعيين عناصر الضرر التى تدخل فى حساب التعويض .خضوعها لرقابة محكمة النقض . التعويض عن الضرر المادى لوفاة شخص . مناطه . ثبوت ان المتوفى كان يعول المضرور فعلا وقت وفاته على نحو مستمر وان فرصة الاستمرار محققة احتمال وقوع الضرر لا يكفى للحكم بالتعويض .

(الطعن رقم ٢٢١٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٨٦/١١/١٢ الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٥٤ ق)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٣٣ ع٢ص٧١٦)
(نقض جلسة ١٩٨١/٣/١٧ س ٣٢ ع١ ص ٨٤٥)

طلب التعويض عن الضرر المادى نتيجة وفاة شخص آخر . شرطه ثبوت أن المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار كانت محققة . إقامة الحكم على ذلك باسباب سائغة تكفى لحمله . النعى عليه . غير مقبول

(الطعن رقم ٢٤٣٠ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

الحكم بالتعويض عن الضرر المادى . شرطه . العبرة فى تحقق الضرر المادى للمدعى نتيجة وفاة آخر هى بثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار كانت محققة .

(الطعن رقم ٢٤٨٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١٠)
(الطعن رقم ٦٤٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٩)

تفويت الفرصة :

تفويت الفرصة . ضرر محقق وأن كانت الافادة منها أمرا محتملا مما كان بأصل المضرور الحصول عليه من كسب دخوله فى حساب الكسب الفائت مادام لهذا الأصل أسباب مقبولة . فقدان الابن وهو فى السنة النهائية من دراسته تفويت الفرصة .

(الطعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٩)
(نقض جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩ س١٦ ص٥١٧)

٣) تفويت الفرصة فى الكسب . وجوب التعويض عنه طالما كان للامل فى الحصول عليه أسباب معقولة .

(الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)
(نقض جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩ س ١٣ ص٣٥٠)

تفويت فرصة رعاية الابن لوالدته بموته . أثر محقق . وجوب أحتسابه كسبا فائتا وتعويضا عنه . مناطه . ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الامل أسباب مقبولة .

(الطعن رقم ١٤٤٢ لسنة ٥٥ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ س٣٤ ص ١٠٩٦)

تفويت فرصة رعاية الابن لوالديه بموته . أمر محقق وجوب احتسابه كسبا فائتا بتعويضهما عنه . مناطه . ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة .

(الطعن رقم ٢٠١١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ س ٣٤ ص ١٠٩٦)

التعويض الاتفاقى :

الشرط الجزائى . مقتضاه . وجوب اثبات المدين

أن الدائن فيه رغم تحقق المخالفة الموجبة للحكم به لم يصبه ضررا أو أن الضرر الذى أصابه لا يتناسب مع هذا التعويض .

(الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٠)
(نقض جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ س ٢٦ ع ٢ ص ١٧٥)
(نقض جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ س ١٨ ع ٤ ص ١٦٧٦)
(نقض جلسة ١٩٨٧/٣/١٨ - الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٢ ق لم ينشر)

تحقق الشرط الجزائى . مؤداه جعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين م ٢٢٤ مدنى .

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)
(نقض جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ س ٢٤ ص ١٢٧٤)

دعوى التعويض :

تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بثلاث سنوات م ١٧٢ مدنى انطباقه على أنواع المسئولية الناشئة عن الافعال الشخصية وعن عمل الغير ومن الأشياء .

(الطعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٧١/٦/١٠ س ٢٢ ص ٧٥٦)
(نقض جلسة ١٩٦٤/١١/٥ س ١٥ ص ١٠٠٧)

دعوى المضرور المدنية بالتعويض قبل المؤمن لديه وقف سريان تقادمها طوال مدة المحاكمة الجنائية . عودة سريان المدة بصدور الحكم الجنائى أو انتهاء المحاكمة . لا يغير من ذلك صدور القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٦ علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١٤ س ٣٣ ع١ص ١١٨)

دعوى المضرور المدنية بالتعويض قبل المؤمن لديه وقف سريان تقادمها طوال مدة المحاكمة الجنائية عودة سريان تقادمها بصدور الحكم الجنائى النهائى . لا يغير من ذلك صدور القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٦ علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١ س ٣٢ ص ١٠٢٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١٤ س ٣٣ ص ١١٨)

تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع . مدته . م ١٧٢ مدنى . قيام دعوى جنائية عن ذات العمل الضار . أثرة . وقف سريان مدة تقادم الدعوى المدنية طوال مدة المحاكمة الجنائية وحتى صدور حكم نهائى بادانة الجانى أو انتهاء المحاكمة لسبب آخـر .

(الطعن رقم ١٨٦١ سنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٤)
(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ س ٢٦ع١ص ١٢٢١)

تقادم دعوى التعويض عن العمل الضار . وقفه طوال مدة المحاكمة الجنائية . عودة سريانه بانقضاء الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائى فيها بالادانة أو بسبب آخر . م ١٧٢ مدنى . علة ذلك . مدة التقادم الثلاث بسريانها من يوم علم المضرور بالضرر وشخص المسئول عنه . عدم تأثرها بقيام المسئولية الناشئة عن الأشياء على خطأ مفترض . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٨٦ سنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٩)
(نقض جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ س ٢٨ع١ ص ١٨١٥)

إستخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع . متى كان تحصيلها سائغا .

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع التقادم مناطه . م ١٧٢ مدنى . المقصود بالعلم بحدوث الضرر وبشخص المسئول عنه هو العلم الحقيقى لا الافتراضى .

(الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٣ /١٩٨٨/١١)

سريان التقادم بالنسبة لمضرور . وقوفه طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية . إنقضاء الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائى فيها أثره عودة سريان تقادم دعوى التعويض المدنية بمدتها الاصلية . م ١/٣٨٢ مدنى . مثال .

(الطعن رقم ١٦٧٢ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تقادم دعوى التعويض الجنائية أمام المحكمة المدنية . وقفه طوال مدة المحاكمة الجنائية ، انقضاء الدعوى الجنائية . أثره . زوال سبب الوقف . علة ذلك. المادتان ١٧٢ ، ١/٣٨٢ مدنى .

(الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

القضاء النهائى بالتعويض الكامل فى الادعاء المدنى أمام المحكمة الجنائية على أساس المسئولية التقصيرية . مانع من المطالبة بتعويض آخر .

(الطعن رقم ١٤٤٤ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ س ٢٨ ص ١٥٢٤)

تقدير التعويض :

التعويض عن الضرر .تقديره . وقت الحكم وليس وقت وقوعه . علة ذلك . اصلاح المضرور الضرر بمال من عنده . مؤداه إقتصار رجوعه على المسئول بما دفعه فعلا مهما تغيرت الأسعار .

(الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير التعويض دون معقب من محكمة النقض ما دامت بينت عناصره واوجه احقية طلب التعويض .

(الطعن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)
(نقض جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ س ٢٥ص ٣٨٩)

استقلال قاضى الموضوع بتقدير التعويض . تعيين عناصر الضرر . خضوعه لرقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٧٥٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٤)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٢/٢١ س ٢٨ ص ٥٠٠)

تقدير التعويض الجابر للضرر الادبى وتوزيعه على المضرورين . استقلال قاضى الموضوع به طالما لم يوجد نص فى القانون يلزم باتباع معايير معينة .

(الطعن رقم ٨٨٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/١٨ س ٢٣ ص ٦٧٠)

تعويض . تقديره بقيمة الضرر وقت الحكم وليس بقيمته . وقت وقوعه . علة ذلك . الاستثناء . أن يكون المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده . أثره . رجوعه بما دفعه فعلا مهما تغيرت الأسعار .

(الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥.)

تقدير التعويض عن الهلاك أو التلف الذى يلحق البضاعة بقيمته الفعلية دون التقيد بالحد الأقصى للتعويض المشار اليه بالفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة بروكسل . مناطه . أن يكون الشاحن . قد دون فى سند الشحن بيانا بجنس البضاعة وقيمتها . لا يغنى عن ذلك ورود هذا البيان بفاتورة الشراء الثابت رقمها .

(الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

تقدير الضرر والتعويض عنه من المسائل الواقعية التى تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب عليها .

(الطعن رقم ٢٤٨٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تقدير التعويض الجابر للضرر . من سلطة محكمة الموضوع ما دام لايوجد فى القانون نص يلزمها باتباع معايير معينة . لها أن تدخل فى حسابها عناصر الضرر كما صار اليه وقت الحكم مهما طال أمد التقاضى .

(الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٥٦ ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

المسئول عن التعويض :

مسئولية المتبوع .ما هيتها . اعتباره فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون لا العقد . م ١/١٧٤ مدنى . له حق الرجوع على تابعه بما أوفاه من تعويض للمضرور م ١٧٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

بعض صور التعويض :

حقوق العمال :

٣) حق العامل المصاب قبل هيئة التأمينات الاجتماعية اختلافه عن حقه فى التعويض عن ذات الاصابة قبل المسئول عن الفعل الضار جواز الجمع بين الحقين .

(الطعن رقم ١٢٩١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ص ٣٣٧)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٦ س ٢٨ص ١٠٥٥)

حصول المؤمن عليه على حقوقه التأمينية قبل هيئة التأمينات الاجتماعية لا يحول دون مطالبته لرب العمل تعويضه عن الضرر الناشئ عن خطئه . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣)

احقية المؤمن عليه فى الجمع بين حقوقه التأمينية ومطالبة رب العمل بتعويض الضرر الناشئ عن خطئه. اقتصاره على الخطأ الشخصى . مطالبته بالتعويض باعتباره متولى الحراسة . وجوب استنزال الحقوق التأمينية من جملة التعويض المستحق . علة ذلك.

(الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)
(قرب نقض جلسة ٧٤/١٢/٣١س ٢٥ ص ١٥١٩، ٧٨/٥/١٣س ٢٩ ص ٢٤٦)

حق العامل أو ورثته قبل الهيئة العامة للتأمين والمعاشات عن اصابات العمل . اختلافه عن حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار . جواز الجمع بين الحقين . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٧٤ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)
(نقض ١٩٨٠/٣/٢٧ س ٣١ ص ٩٣٠)

حق العامل فى التعويض عن إصابة العمل قبل الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية . حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار . جواز الجمع بين الحقين . شرطه .

(الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية لإلتزامها المنصوص عليه فى الباب الرابع من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأمين إصابات العمل . لا يخل بما يكون للمؤمن له ـ العامل أو رثته ـ من حق قبل الشخص المسئول .

(الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٥ ق . جلسة ١٩٨٨/١١/١٠

تقادم

التقادم المكسب

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى . التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاد الا إذا توافرت له بعد البيع شروط التقادم المكسب . م ٤٣٩ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(الطعن رقم ٢١٢٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ س ٣١ ع ٢ ص ١٧٢٦)

كسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة . ثبوته بمجرد إستيفائه شرائطه القانونية دون النظر إلى عقود الملكية مسجلة أم غير مسجلة قدمت الى المحكمة أم لم تقدم .

(الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

وضع اليد المدة الطويلة . سبب مستقل لكسب الملكية متى توافرت شروطه القانونية . أثره . اكتساب الحائز الملكية بأثر رجعى منذ بدأ الحيازة . حظر تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة لا أثر له على الأموال التى تم أكتسابها بالتقادم قبل العمل بالفقرة الثانية من المادة ـ ١٩٧ مدنى المضافة بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ .

(الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

انقطاع التقادم :

الاقرار القاطع للتقادم . م ٣٨٤ مدنى . ما هيته وجـوب أن يكون كاشفا عن نية الاعتراف بالحق المدعى بـــه .

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ س ١٥ ص ١٠٥٥)

المطالبة القضائية القاطعة للتقادم . ما هيتها .المادتان ٣٨٣ ، ٣٨٤ مدنى .

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

الاجـراء القاطـع للتقادم الصــادر من الدائن . ماهيته صدور الاجراء من المدين . شرطه . أن يتضمن اقرارا صريحا أو ضمنيا بحق الدائن .

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

انقطاع التقادم . مؤداه . زوال اثره وحلول تقادم جديد مماثل للتقادم الأول فى مدته وطبيعته . الاستثناء . صدور حكم نهائى بالدين حائز قوة الأمر المقضى . أثره . بدء سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة من وقت صدور هذا الحكم الابتدائى الصادر بالدين . لا يرتب ذات الأثر بقاء ميعاد الاستئناف مفتوحا . لا أثر له .

(الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)
(نقض ١٩٨١/٦/٢٢ س ٣٢ ص ١٨٩٨)

١) التقادم . انقطاعه . بالمطالبة القضائية الصريحة الجازمة والتنبيه بالوفاء وأوراد الضرائب والرسوم واعلانات المطالبة والاخطارات إذا سلم احداها إلى الممول أو من ينوب عنه أو ارسل اليه بخطاب موصى عليه مع علم الوصول . محله . الحق موضوعه وما التحق به من توابعه .

(الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

وقف سريان التقادم . أحواله . م ٣٨٢ مدنى .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

النزول عن التقادم :

التنازل عن التقادم . لا يفترض ولا يؤخذ بالظن تمسك المطعون عليها به أمام محكمة الاستئناف دون محكمة أول درجة عدم اعتباره تنازلا عنه .

(الطعن رقم ١٦٨٩ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(نقض جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣ س ١٣ ص ١١٣٤)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ س٢٣ص ٥٧٧)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧س٣٣ص٢٢١)

نوعى التقادم المسقط :

الحق فى استرداد ما دفع بغير حق . سقوطه بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد أو بانقضاء خمسة عشرة سـنة من يوم الوفـاء بالالتزام أيهما أقصر . م ١٨٧ مدنى .

(الطعن رقم ٢١٠١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٩)
(نقض جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ س ٢٦ ص ١٦١٨)
(نقض جلسة ١٩٦١/٥/٤ س ١٢ ص ٤٣٧)

تقسيم

حظر التصرف فى الأراضى المقسمة قبل صدور القرار بالموافقة على التقسيم جزاء مخالفته . البطلان المطلق . التصرف فيها بعد صدور ذلك القرار وقبل ايداع صورة منه ومن قائمة الشروط بالشهر العقارى . جزاؤه البطلان النسبى . المادتان ١ و ١٠ ق ٥٢ سنة ١٩٤٠ المعدل .

(الطعن رقم ٥٧٧ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٦)
(نقض جلسة ١٩٧٥/١٢/٢١ س٢٦ ص ١٦١٤)

عدم خضوع الأرض لأحكام القانون ٥٢ سنة ١٩٤٠ بشأن تقسيم الأراضى المعدة للبناء . شرطه . أن تكون جميع القطع واقعة على الطريق العام .

(الطعن رقم ١٠١ سنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)
(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٨ س ٣٤ ص ٢٥٤)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٧ س ٣٢ ص ٢٣٢٧)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ س ٢٣ ص ١٠٢٠)

١) اعتبار الأرض معدة للبناء . مناطه . الرجوع للخرائط المحددة لنطاق المدينة أو القرية م ١٠٠ ق ٢٠٦ لسنة ٥١ ق م ١٢٤٠ لسنة ١٩٦٠ ـ والقرار الجمهورى ١٧٠٥ لسنة ١٩٦٠ .

(الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

٢) دخول الأرض فى حدود المدينة أو القرية بالمدى الذى يتطلبه التوسع العمرانى للبناء اعتبارها ارضا معدة للبناء ولو كانت تستغل مؤقتا لغرض آخر خروجها عن تلك الحدود . عدم اعتبارها أرض بناء الا إذا كانت قد اعدت اعدادا فعليا لهذا الغرض . تقدير ذلك . استقلال قاضى الموضوع به متى اقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله . العبرة فى ذلك بحالة الأرض وقت البيع سبب الشفعة .

(الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

تجزئة الأرض الى عدة قطع ، اعتباره تقسيما متى كانت لا تتصل جميعها بطريق قائم . ق ٥٢ لسنة ١٩٤٠ .

حظر التصرف فيها قبل صدور قرار بالموافقة على التقسيم وايداع صورة منه مكتب الشهر العقارى ونشره فى الجريدة الرسمية . حظر عام . مقتضاه . ترتيب جزاء البطلان المطلق لمخالفته لكل ذى مصلحة التمسك بـه .

(الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٨١/١١/١٧ س ٣٢ ع٢ ص ٢٣٢٧)
نقض جلسة ١٩٨١/٥/٤ س ٣٢ ع١ ص ١١٢٨)
(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/٣١ الطعن ٥٩٨ لسنة ٥٤ ق)
نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦ الطعن ٨٥٨ لسنة ٥٢ ق)
(نقض جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٠ الطعن ٣١٥ لسنة ٤٩ ق)

حظر التصرف والبناء فى الأراضى المقسمة قبل صدور قرار بالموافقة على التقسيم وايداع صورة منه مكتب الشهر العقارى . حظر عام . مقتضاه . ترتيب جزاء البطلان المطلق لمخالفته . لكل ذى مصلحة التمسك به . المادة ٢٢ من القانون رقم ١٩٨٢ بإصدار قانون التخطيط العمرانى .

(الطعن رقم ١٤٣٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)
(نقض جلسة ١٩٨٧/٣/١٩ الطعن رقم ٢٠٥٣ لسنة ٥٣ ق)
(نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٧ س ٣٢ع٢ ص ٢٣٢٧)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٤ س٣٢ ع١ ص ١١٢٨)

تنظيم

المبانى السكنية ومبانى الاسكان الادارى الواردة فى المادة السادسة من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل . ما هيتها . ليس من بينها المخازن . عدم خضوع الأخيرة لشروط الاكتتاب فى سندات الاسكان . علة ذلك عدم اعتبار القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ تفسيرا تشريعيا لنص تلك المادة إنما تعديل جديد نظم به من جديد الحالات التى يخضع فيها الترخيص بالبناء لشروط الاكتتاب فى هذه السندات .

(الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

ج ح خ

جمارك

٢) الغرامة التى يفرضها مدير الجمارك على الربان أو من يمثله فى حالة النقص غير المبرر . المادتين ١١٧ ، ١١٩ ق الجمارك . من قبيل التعويضات المدنية مؤدى ذلك . قرار الغرامة أو المطالبة بدفعها لايعتبر تنبيها بدفع الرسوم الجمركية قاطعا لتقادمها ولا أثر للطعن فى ذلك القرار على السير فى دعوى المطالبة بالرسوم الجمركية أو على سريان تقادمها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

المعدات وأجهزة التكييف التى تستورد بقصد استعمالها لدورالعرض السينمائى . تقرير اعفائها من الرسوم الجمركيه . مناطه . صدور قرار من وزير المالية فى كل حالة على حده بناء على اقتراح وزير الثقافة . م ١/٣ ق ٢٣ لسنة ١٩٧٤ .

(الطعن رقم ١٣١ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٥)

حكر

الحكر . ما هيته . عقد إيجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض ما دام يدفع الأجرة تخريب البناء المحتكر أو جفاف شجرة وعدم بقاء اثر لايهما ـ لازمة . انتهاء الحكر وعودة الأرض إلى جهة الوقف التابعة لها .

توقيت الحكر وتحديد مدته . م ٩٩٩ مدنى . سريانه . على الأحكار التى انشئت بعد العمل بالقانون المدنى الجديد فى ١٩٤٩/١٠/١٥ . الاحكار السابقة على هذا التاريخ والتى لم ينص على كيفية انتهائها . بقاؤها خاضعة لقواعد الشريعة الاسلامية التى كانت تحكمها وقت انشائها .

(الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٧٠/١/٨ س ٢١ ص ٥١)

حيازة

اكتساب الملكية :

وضع اليد المدة الطويلة . سبب مستقل من اسباب كسب الملكية . أثره القضاء بعدم قبول الادعاء بالتزوير والطعن بالجهالة على عقود البيع لأنهما غير منتجين فى الدعوى . صحيح .

(الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)
(نقض جلسة ١٩٧٥/١/١٤ س ٢٦ ص ١٥٣)

وضع اليد المدة الطويلة . سبب مستقل لكسب الملكية .مؤدى ذلك . لا محل للمفاضلة بينه وبين التملك بسند ولو كان مسجلا .

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

أكتساب ملكية العقار بالتقادم . اثره . انتقال الملكية الى الحائز بأثر رجعى من وقت بدء الحيازة . الحقوق العينية التى رتبها المالك الأصلى أو ترتبت ضده خلال مدة وضع اليد . عدم سريانها فى حق الحائز

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٢ س ٣٢ ص ١٤٤٠)

أكتساب الحائز العرضى الملك بالتقادم . شرطه . تغيير صفة حيازته أما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك . عدم تغيير صفة الحيازة بانتقالها بالميراث . مؤداه انتقال الحيازة العرضية بصفاتها الى الوارث الذى يخلف مورثه فى التزامه بالرد بعد أنتهاء السبب الوقتى لحيازته دون ان تكون له حيازة مستقلة عن حيازة مورثة ولو كان يجهل اصلها أو سببها ما لم تصحبها مجابهة صريحة ظاهرة لحق المالك .

(الطعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ س ٢٣ ص ١٤٥٠)

تقدير توافر الحيازة :

التحقق من استيفاء الحيازة لعناصرها وخلوها من العيوب المدة اللازمة للتقادم . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٧٣١ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٦)
(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/١٦ س٢٩ع٢ ص ١٧١٦)

لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها . لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٥٥ ـ جلسة ٦/١٤ ١٩٨٨)

وضع اليد المكسب للملكية استقلال قاضى الموضوع باستخلاصه متى كان سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق تمسك الطاعنين بأن حيازة مورث المطعون ضدهم لم تتوافر فيها نية التملك . طرح الحكم هذا الدفاع على أساس أن اوراد المال عن أعيان غير أعيان النزاع دون بيان المصدر الذى استقت منه هذه النتيجة قصور .

(الطعن رقم ٢٥٤٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

وضع السيد المكسب للملكية بمضى المدة الطويلة من مسائل الواقع . استقلال محكمة الموضوع باستخلاصه طالما كان سائغا لا يخالف الثابت بالأوراق.

(الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٤ س ٣٠ ع ٢ ص ٥٣٩)

استيفاء الحيازة للشروط القانونية . التحقق منه من سلطة محكمة الموضوع . لا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة

(الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

وضع اليد واقعة مادية . العبرة فيه بما يثبت قيامه فعلا وإن خالف ما يرد بالأوراق .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

الحصة الشائعة فى عقار صلاحيتها لأن تكون محلا للحيازة على وجه التخصيص والانفراد بنية التملك .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف :

قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف . عدم سريانها الا إذا أراد المتمسك بالتقادم الاحتجاج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له .

(الطعن رقم ١٨٥٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٧)
(الطعن رقم ١٣٢٣ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦)

كسب الخلف الخاص للملكية بالتقادم بضم مدة حيازة سلفة . شرطه الا يكون السلف مالكا للعقار وقت تصرفه الى خلفه .

علة ذلك . م ٢/٩٥٥ مدنى .

(الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٢٦ س ٣٠/ص ٢٠٢)

قاعدة ضم حيازة السلف الى حيازة الخلف . عدم سريانها إلا إذا اراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له .

(الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ س ٣٩ ص ٩١٥)

ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف . شرطه . قيام رابطة قانونية بين الحيازتين . عدم بيان الحكم لهذه الرابطة . قصور .

(الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ س ٢٢ ص ١١٠٧)

قاعدة ضم حيازة السلف الى حيازة الخلف . عدم سريانها إلا إذا إراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له .

(الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ س ٢٩ ص ٦٩٥)

قاعدة ضم حيازة السلف الى حيازة الخلف . عدم سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له . مخالفة ذلك . خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ١٧٤٣ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

الحكم المثبت للملكية بالتقادم :

التزام الحكم المثبت للملكية بالتقادم ببيان شروط وضع اليد . كفاية بيانه الوقائع المؤدية إلى توافرها والتحقق من وجودها . استخلاص توافر هذه الشروط من سلطة قاضى الموضوع .

(الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/١١ س ٣١ ص ٢٠٢٠)

التزام الحكم المثبت للملكية بالتقادم ببيان شروط وضع اليد . كفاية بيانه الوقائع المؤدية الى توافرها دون تناول كل ركن ببحث مستقل .

(الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/١١ س ٣١ ص ٢٠٢٠)

دعاوى الحيازة :

عدم جواز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه م ٤٤ مرافعات . مؤداه . لا محل فيها لبحث الملكية .

(الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٣١)

(نقض جلسة ١٩٥٥/٦/١٦ مج الربع قرن ج١ ص ٦٤٣ قاعدة رقم ١٢٨)

(نقض جلسة ١٩٤٨/٣/٤ مج الربع قرن ج١ ص ٦٤٣ قاعدة رقم ١٢٧)

دعاوى الحيازة أساسها . الحيازة بشروطها القانونية . التعرض فيها لبحث الملكية . لا محل له . م ٤٤ مرافعات . جواز الاستئناس بها فى بحث ما تعلق بالحيازة وصفتها دون تحرى الحق . وجوب التزام المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى بهذه القاعدة .

(الطعن رقم ١١٧٢ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ س ٣٢ ص ١٠٠٣)

(نقض جلسة ٥/ ١٩٧٤/١١ س ٢٥ ص ١١٨٥)

(نقض جلسة ١٩٥٨/٣/١٣ س٩ ص ٢٩٢)

عدم جواز الحكم دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه م ٣/٤٤ مرافعات .

(الطعن رقم ١٤٤٢ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

دعوى منع التعرض :

الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض . لا يحوز قوة الأمر المقضى فى دعوى الملك . ما يقرره بشأن الملكية لا يقيد المحكمة عند الفصل فى أصل الحق . علة ذلك

(الطعن رقم ١١٠٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/٣٠ س ٢٩ ع١ ص ٦٦)

دعوى استرداد الحيازة :

دعوى استرداد الحيازة . شرطها قبولها . أن يكون لرافعها حيازة مادية وحالية . عدم اشتراط أن تكون الحيازة بنية التملك .

(الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/١ س ٣٢ ص ٨٩)

كسب الحائز ملكية الثمار :

كسب الحائز ملكية الثمار . مناطه . أن يكون حسن النية وقت قبضه اياها . اعتباره سئ النية من وقت علمه بعيون حيازته أو اعلانه بدعوى بأحقية أو استرداد العين أو ثمارها . مثال

(الطعن رقم ١٦٧٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

الحيازة الزراعية :

تكييف الدعوى واعطاؤها وصفها الحق . مناطه مخاصمة الجمعية الزراعية بطلب قيد الحيازة الزراعية باسماء الطاعنين فى سجلاتها . مقصودها . الحكم فى مواجهتها بأصل حقهم فى حيازة انصبتهم من اطيان النزاع وترتب أثره فى سجلاتها .

(الطعن رقم ١١٨٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

حيازة المنقول :

حيازة المنقول التى تصلح دليلا على الملكية شرطها . أن تكون أصيلة غير عارضة .

(الطعن رقم ٩٧٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

خلف

مشترى العقار بعقد مسجل . خلف خاص للبائع . حلوله محل المؤجر فى حقوقه والتزاماته قبل المستأجر تمسك الطاعنة بانتقال ملكية الأرض إلى المشترين واستلامها . دفاع جوهرى . إلتفات الحكم

عنه تأسيسا على إقرار بعض المستأجرين بسداد الأجرة للطاعنة دون مخالصة . خطأ فى القانون وقصور وفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم ١٦٧٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

الخلف الخاص . المقصود به . مستأجرو الوحدات المؤجرة . عدم اعتبارهم خلفا خاصا للمؤجر . مؤداه . الحكم الصادر ضد المؤجر . لا حجية له قبلهم .

(الطعن رقم ٨٢٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

- ر -

رهن

حظر استيراد وتصدير أوراق النقد المصرى أو الأجنبى م ٢ ق ٨٠ لسنة ١٩٤٧ معدلة بقانون ١٠٧ لسنة ١٩٥٠ . نطاق . الاتفاق على حلول المشترى محل البائع فى الالتزام بدين الدائن المرتهن الاجنبى الجنسية وعلى أن الوفاء به يتم بايداعه أحد المصارف بحساب غير مقيم مجمد باسم الدائن لا مخالفة فيه لهذا الحظر . علة ذلك .

م ٥ق ٨٠ لسنة ١٩٤٧ .

(الطعنان رقما ٩٥٩ و ٦٧٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١/٧)

الدائن المرتهن استئجاره من المدين الراهن حجرة بمصنع الاخير لحفظ البضاعة محل عقد الرهن المبرم بينهما ضمانا للوفاء بالقرض والنص في عقد الايجار علي عدم مسئولية الدائن المرتهن عما يلحق البضاعة من سرقة أو تبديد أو تلف . توقيع المرتهن الحجز علي تلك البضاعة من بقائها بالعين المؤجرة لا ينقضي به التزام الراهن . علة ذلك . الحكم نهائيا ببراءة الراهن من تهمه سرقة تلك البضاعة لا تغير من انتفاء مسئولية المرتهن . علة ذلك .

(الطعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

ريع

الريع . ما هيته . تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثماره .

(الطعن رقم ١٩٥١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ س ٢٥ ص ١١٤٦)

ري

التعدى علي منافع الري والصرف . الزام المستفيد منه بنفقات اعادة الشيء إلي أصله مقابل ما عاد عليه من منفعة . عدم اعتبار تلك المبالغ من التعويضات لوزارة الري الرجوع عليه بها دون انتظار صدور قرار بادانته . ق٧٤ لسنة ١٩٧١ المعدل . أثره ثبوت حقها - في تحصيلها بطريق الحجز الاداري . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٨٨/٥/٢٨ س ٢٢ ص ١٦٣٢)

المبالغ المستحقة لوزارة الري طبقا لأحكام القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ المعدل لها امتياز علي أموال المدين بعد المصروفات القضائية . مؤدي ذلك . جواز تحصيلها بطريق الحجز الاداري .

(الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٨س٣٢ ص١٦٣٢)

استقلال محكمة الموضوع بتقدير أدلة الدعوي واستخلاص الواقع منها . شرطه . افصاح المحكمة عن مصدر الأدلة وفحواها وأن يكون لها مأخذها الصحيح

من الأوراق . اعتماد الحكم على ما أورده تقرير الخبير من نزع المسقاة الرئيسية للمنفعة العامة دون افصاح عن مصدر ذلك ودون مواجهة اثر وجود مسقاة فرعية مشتركة بين الأرضين فى ثبوت حق الشفعة . قصور .

(الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٣١)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/٨س ٣٣ ص ٣٨٧)

اختصاص المحاكم المدنية بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثني بنص خاص . عدم وجوب الالتجاء الي مفتش الري قبل رفع دعوي التعويض عن الحرمان من الري والصرف . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٣٣١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧ س٣٤ ص٥٦١)

القضاء بتعويض المطعون عليهما عينيا بإزالة المخالفة التي وقعت من الطاعنة بحرمانها من ري وصرف المياه بأرضهما وذلك بالزامها بوضع المواسير اللازمة لذلك . لا خطأ .

(الطعن رقم ٢٣٣١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/١٠س٢٨ ص١١٥٨)

ش

شركات ـ شفعه ـ شهر عقاري ـ شيوع

شركات

عقد الشركة . تعريفه . زوال مقر نشاط الشركة وانتقالها لمباشرة نشاطها في عين اخري . لا يؤدي الي انقضاء الشركة . علة ذلك . انتفاء التلازم بين قيام الشركة وبين مباشرة نشاطها فى عين معينة .

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ س ٣٠ ص ٦٣٦ ، ١٩٧٧/٣/٢٠ س ٢٨ ص ٧١٨)

الشخصية . الاعتبارية لشركات القطاع العام . استقلالها عن المؤسسات التى تتبعها . اقتراح مجلس ادارة المؤسسة المصرية العامة للتأمين بالتعاقد مع شاغلي وحدات وعقارات شركات التأمين . لا يلزم هذه الشركات الا بقرار من مجلس ادارتها . علة ذلك

(الطعن رقم ١٦٦٦ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

تكوين الشركة . اثره . اكتسابها ذمةمالية مستقلة عن ذمم الشركاء فيها . مؤدي ذلك . توقيع مديرها أو من يمثله بعنوانها ينصرف أثره اليها ويكفي لترتيب الالتزام فى ذمتها .

(الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)
(الطعن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)
(الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

اختصام الطاعنين بصفتهما ممثلين للشركة وليس بصفتهما الشخصية . تضمين منطوق الحكم الزامهما وآخر بالدين . لا ينصرف اليهما بصفتهما الشخصية . قضاء ضد الشركة .

(الطعن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

شركة التضامن . تخلفها عن شهر انقضائها قبل انتهاء مدتها المعينة بالعقد بمعرفة مديرها المعين أو أي شريك متضامن . اثره . مسئوليتها قبل الغير عن التزاماتها طالما كان توقيع مديرها أو من يمثلها علي العقد بعنوانها . م ٥٨ تجاري .

(الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)
(الطعن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)
(الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

شفعه

البيع الذي تجوز فيه الشفعه . لا يشترط ان يكون مسجلا او ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الشفعة . اثره م ٩٣٨ مدنى .

(الطعن رقم ١٤٢٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٨٧/٣/٣١ ـ الطعن برقم ١٩٠١ لسنة ٥٣ ق)

الشفيع . اعتباره من الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع محل الشفعة . مؤدي ذلك . له اثبات هذا البيع بكافة طرق الاثبات بما فيها المبينة . سلطة محكمة الموضوع في استخلاص ذلك البيع . عدم التزامها باحالة الدعوي الي التحقيق متي وجدت في أوراقها ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٣)
(نقض جلسة ١٩٧٩/١١/١٣ س٣٠ ع٣ ص٢٦١)

توالى البيوع . نطاقه .العقود في التوالي البيوع في العقار المشفوع فيه عقود مختلفة يستقل كل منها بذاته اشخاصا وشروطا.اجراءات دعوي الشفعه .المواد ٩٤٠ إلي ٩٤٣ مدني . لازمها طلب الاخذ بالشفعة بالنسبة لعقد بعينه من العقود المتتابعة محددا لموضوع الحق المتداعي بشأنه والخصوم في التداعي . طلب الاخذ بالشفعة في عقد آخر امام محكمة الاستئناف . غير جائز علة ذلك .

(الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

اجراءات الشفعة :

انذار الشفيع واعلان الرغبة :

الانذار الرسمى الذي يواجهه البائع او المشترى الى الشفيع . وجوب . اشتماله على البيانات الوارده بالمادة ٩٤١ . خلوة من بيان موطن المشترى الثانى . أثره . بطلان الانذار . مؤدي ذلك . التمسك بعدم قبول الدعوى لعدم اختصام ذلك المشترى . لا محل له . علم الشفيع ببيع العقار الي مشترين بغير هذه الوسيلة . لا أثر له .

(الطعن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)
(الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٥/٥/١٩)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢١ س٣١ ص٥٨٣ ، ١٨س/ ٨١س ٢٥ص ٥٤٩) .

رفع دعوى الشفعه :

دعوي الشفعة .وجوب رفعها وقيدها خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة .اعتبارها مرفوعة بايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة. وجوب ايداع ثمن البيع الحقيقي قبل رفع الدعوى . المواد ٦٣ مرافعات ،٩٤٢، ٩٤٣ مدني .

(الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)
(نقض جلسة١٩٨٠/٦/٣س٣١ع٢ ص١٦٦٣)

تقدير قيمة دعوى الشفعة :

تقدير الحكم المطعون عليه ـ صحيحا ـ قيمة دعوي الشفعة وفقا للمادة ١/٣٧ مرافعات باقل من مائتين وخمسين جنيها لتعلقها بملكية ارض تقدر قيمتها بسبعين مثل الضريبة الاصلية المربوطة عليها بما يجعل الدعوي من اختصاص المحكمة الجزئية .

قضاء الحكم المطعون عليه بعدم جواز استئناف الحكم الصادر فيها من المحكمة الابتدائية باعتبار ان قيمتها تدخل في النصاب الانتهائي لتلك المحكمة . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق" هيئة عامة " ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)
(الطعن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

ايداع الثمن :

وجـوب ايداع الشفيع كامـل الثمن الحقيقي . لا محل لايداع ملحقات الثمن علة ذلك .م ٩٤٢ مدني. لا علي الحكم القضائي بالشفعة ان لم يضمنها قضاءه

(الطعن رقم ١٨٨١ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٣ س٣١ ص١٦٥٧)
(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/١٤ س٢٥ ص٥٠٢)

ايداع كامل الثمن الحقيقي خلال الميعاد القانوني خزانة المحكمة المختصة . شرط اساس لقبول دعوي الشفعة . م ٤/٩٤٢ مدني . جزاء تخلفه . سقوط الحق في الاخذ بالشفعة . للمحكمة ان تقضي بذلك من تلقاء نفسها .

(الطعن رقم ٢٣٨١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)
(نقض جلسة١٩٦٨/١٢/٢٦س١٩ ص١٥٩٤)

الثمن الواجب علي الشفيع ايداعه هو الثمن الحقيقي م ٩٤٢ مدني . للشفيع الطعن بصورية الثمن المسمي بالعقد واثبات ذلك بكافة طرق الاثبات . تمكنه من ذلك . اثره . تحقق الايداع المفروض عليه قانونا .

(الطعن رقم ٣٤٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٧)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/١ س ٣١ ع١ ص١٠٩٩)
(نقض جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ س ٢٤ ص ١١٣١)

إيداع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة فى الميعاد وقبل رفع الدعوى . إجراء من اجراءات الدعوى . مخالفة ذلك . أثره . سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة .

(الطعن رقم ١٠٧١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

ايداع الشفيع الثمن الحقيقى للعقار المشفوع فيه وجوب أن يتم بخزينة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة . حصول الايداع بخزينة المحكمة الجزئية الكائن بدائرتها العقار رغم أن المحكمة الابتدائية هى المختصة بنظر الدعوى . أثره . سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة .المادتان ٢/٩٤٢ ، ٩٤٣ من القانون المدنى

(الطعن رقم ٢٠٩٨ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)
(نقض جلسة ٧٧/١٢/١٤ س ٢٨ ع٢ ص ١٧٩٤)
(نقض جلسة ٧٨/٦/٢٨ س ٢٩ ع٢ ص ١٥٩٥)

الخصوم فى دعوى الشفعة :

بيع مشترى العقار المشفوع فيه لمشترتان قبل اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها .م ٩٣٨ .مؤداه . عدم جواز الأخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها . شرطه . الا يكون البيع الثانى صوريا . تمسك الشفيع بالبيع الاول وادعاء صورية البيع الثانى . وجوب اثبات ذلك فى مواجهة المشترى الثانى .

(الطعن رقم ٢٤٢٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٧ س ٣٢ ع٢ ص ١٦٢٧)
(الطعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٧/١٢/١٠)

تمسك الشفيع بالبيع الاول مدعيا صورية البيع الثانى .لازمة . اثبات هذه الصورية فى مواجهة المشترى الثانى .

سبيله اختصام هذا المشترى فى دعوى الشفعة أو ادخاله أوتداخله فيها . مؤدى ذلك . توقف مصير دعوى الشفعة على الفصل فى صورية البيع الثانى .

(الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

بيع مشترى العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها . م

٩٣٨ مدنى . عدم جواز الاخذ بالشفعة من المشترى الثانى .

شرط ذلك . الا يكون البيع الثانى صوريا . نجاح الشفيع فى اثبات صورية هذا البيع . يغنيه عن توجيه طلبه الى المشترى الثانى .

(الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/١/٦ س ٣٢ ص ١١٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٧ س ٣٢ ص ١٦٧)
(نقض جلسة ١٩٨٩/١/١ ـ الطعن رقم ٨ لسنة ٥٢ ق)

التزام الشفيع فى حالة توالى البيع باستعمال حقه ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها . شرطه وقوع البيع الاخير قبل تسجيل اعلان الرغبة ولو لم يكن مسجلا أو ثابت التاريخ . الوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل اعلان الرغبة بالشفعة . لا وقت حصول الاعلان . م ٩٤٧ مدنى دعوى الشفعة ، شرط قبولها . ان تدور الخصومة فيها بين جميع اطرافها مهما تعددوا باختصام المشترى الثانى .

(الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٤)
نقض ٨١/٥/١٧ س ٣٢ ع١ ص ١٦٢٧ . ٧٨/١٢/١٢ س٢٩ص١٨٩١)
(نقض ٧٩/١١/٢٧ س ٣٠ع٢ص٧٢، ٨٧/١١/٢٥ ـ الطعن ١٩٧ لسنة ٥٣ ق)

بيع مشترى العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها . م ٩٣٨ مدنى . مؤداه عدم جواز الاخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى . شرط ذلك ألا يكون البيع الثانى صوريا ، اثبات بالشفعة صوريته . أثره . اعتبار البيع الصادر من المشترى الأول قائما ويغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة الى المشترى الثانى . وجوب اثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى . علة ذلك

(الطعن رقم ١٧٠٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)
(الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

العقد الصورى غير موجود قانونا . بيع مشترى العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها.م ٩٣٨مدني .مؤداه.

عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني. شرط ذلك . ألا يكون البيع الثاني صوريا للشفيع اثبات الصورية بكافة الطرق . نجاحه في ذلك . أثره.اعتبار البيع الصادر للمشتري الأول قائما ويغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة الي المشتري الثاني . لازم ذلك . وجوب الفصل في الدفع بالصورية . توقف مصير دعوي الشفعة علي الفصل في صورية البيع الثـاني .

(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)
(نقض جلسة ١٩٨٨/٦/٢ ـ الطعن ١٦٥٣ لسنة ٥٢ ق)
(نقض جلسة ٨١/٥/٢٧ س٣٢ ص١٦٢٧)

العقد الصوري غير موجود قانونا . بيع مشتري العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة او قبل تسجيلها.م ٩٣٨مدني.مؤداه .

عدم الاخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني . شرط ذلك . الا يكون البيع الثاني صوريا . للشفيع اثبات الصورية بكافة الطرق . نجاحة في اثبات ذلك.اثره . اعتبار البيع الصادر للمشتري الاول قائما ويعني الشفيع عن توجيه طالب الشفعة الي المشتري الثاني لازم ذلك . الدفع بالصورية في مواجهة المشتري الثاني بادخاله خصما في الدعوي او تدخله فيها .(
الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

(نقض جلسة ٦ / ١ / ٨١ لسنة ٣٢ ع١ ص١١٠)

طلب الأخذ بالشفيع إمتناعه ـ على البائع فى مواجهة من اشترى منه العقارحتى ولو انتقل إليه حق الشفعة بالميراث . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٦/٦/١٩٨٨)

انعقاد الخصومة فى دعوى الشفعة :

الخصومة فى دعوى الشفعة . انعقادها باختصام البائع والمشترى والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم فى جميع المراحل . تخلف ذلك . اثره . عدم قبول الطعن .

(الطعن ١٦٨ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ٢٧/١/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٣/٣/٨١ س ٣٢ ص ٧٥٠)

طلب تسليم العين المشفوع فيها اتصاله بدعوى الشفعة . لازمة . وجوب اختصام كل من البائع والمشترى فيها .

(الطعن رقم ٩٣٦ لسنة ٥١ ق جلسة ٢٠/١/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٣١/٥/١٩٧٩ س ٣٠ ص٤٩٣)

دعوى الشفعة . وجوب اختصام الشفيع والبائع والمشترى فيها فى كافة مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض ، تعدد أى منهم يوجب اختصامهم جميعا . كما يوجب اختصام ورثة من يتوفى منهم ـ مخالفة ذلك . أثره . عدم قبول الدعوى .

(الطعن رقم ١٠٩٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ٤/٥/١٩٨٨)
(نقض جلسة ٣١/٥/١٩٧٩ س ٣٠ ص ٤٩٣)

التنازل عن الشفعة :

تراخى الشفيع فى اتخاذ إجراءات الشفعة . عدم اعتباره بذاته . نزولا عن حقه فيها ما لم تقترن بعمل أو تصرف أو موقف لايدع ـ مع تراخيه هذا ـ مجالات للشك فى دلالته على التنازل م ٩٤٨ مدنى . التفات الحكم عن بحث دفاع الطاعنة بتنازل الشفيع ضمنا عن حقه فى الشفعة اكتفاء بقوله إن مجرد العلم بالبيع لا يسقط هذا الحق . قصور .

(الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ٢٨/٦/١٩٨٨)

استخلاص النزول الضمني عن الحق في الشفعة من سلطة محكمة الموضوع متي كان سائغا مستمدا مما له أصل ثابت بالاوراق الدعوي .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ٢٧/١٠/١٩٨٨).

النزول عن الحق في الشفعة جواز أن يكون صريحا أو ضمنيا . إتيان الشفيع عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا يكشف بوضوح فى دلالته عن هذا النزول . تمسك المشترى فى دفاعه بهذا التنازل وطلبه اثباته بشهادة الشهود دون أن يكون فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدة المحكمة فى شأنه . مؤداه . التزام المحكمة بتحقيق هذا الدفاع . التفاتها عنه . قصور واخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٥/١١/١٩٨٨)

ملكية الشفيع للبيع :

ملكية الشفيع وقت البيع لما يشفع به . شرطا لقبول دعواه . المادتان ٩٣٥، ٩٣٦ مدنى . صورتة العقد سند ملكية الشفيع ـ ولو كان مسجلا ـ لا تجوز به الشفعة علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ٢٥/٢/١٩٨٨) .

الشفعة . مناطها . أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع وقت البيع . مخالفة ذلك . خطأ فى

تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١٠)
(نقض جلسة ٧٨/٦/٢٧ س٢٩ ص ١٥٧)

ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه . شرط لاخذ العقار بالشفعة مشترى العقار الذى يؤشر بمنطوق الحكم الصادر له بصحة ونفاذ عقده على هامش تسجيل صحيفة دعواه لا يكون له الحق فى الشفعة لهذا العقار الا من تاريخ هذا التأشير علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١٠)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧ س٢٩ ص ١٥٧٠)

عدم جواز الشفعة الا اذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة اثبات الشفيع ملكيته الى الغير . مؤداه . وجوب تقديم الدليل على ذلك . الارتكان الى حصول بيع دون تسجيله . غير كاف .

(الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٠ س ٣٢ ص ٢٣٤١)

مسقطات الشفعة :

طلب الشريكين فى الشيوع حصة شريكهما المباعة منه بالشفعة دون أن يطلب أحدهما الشفعة فى العين برمتها . ترك أحدهما الخصومة فى الدعوى . مؤداه . تجزئة الصفقة على المشترى وسقوط حق الآخر فى الأخذ بالشفعة .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٩)

اقرار الكتابة بأن الثمن المودع يخص الشفيع الآخر هو فى حقيقته نزول منها له عن حقها فى الشفعة وهو ما يجيزه الشارع ويسقط حقها ذاته .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

الحكم بثبوت الشفعة :

الحكم النهائى بثبوت الشفعة سند الملكية الشفيع . م ٩٤٤ مدنى دعوى الشفعة تقدر قيمتها بقيمة العقار المشفوع فيه . م ٣٧ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

شهر عقارى

الاختصاص المقرر للقاضى المستعجل بنظر الطلب الوقتى بمحو التاشير الهامشى فى سجل المحررات واجبة الشهر المتضمنة الطعن فى التصرفات موضوع تلك المحررات . لا يمنع من الالتجاء الى محكمة الموضوع فى ذات الصدد للفصل فى أصل الحق . المواد ١٣ ، ١٥ ، ١٨ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

الحكم الصادر فى أمر تقدير الرسوم التكميلية عدم قابليته للطعن متى فصل فى منازعة فى تقدير الرسم . فصله فى منازعات أخرى . خضوعه للقواعد العامة الطعن . م ٢٦ ق ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر .

(الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)
(نقض جلسة ١٩٧٨/١٢/١٢ س ٢٩ع٢ ص ١٨٩٦)
(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ع٣ ص ١٦٦)

شيوع

التصرف فى المال الشائع :

حق أغلبية الشركاء فى التصرف فى المال الشائع. م ٨٣٢ مدنى . مناطه . شيوع الملك .

(الطعن رقم ١١٣٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

بيع المالك على الشيوع حصته مفرزه للغير . بيع صحيح مغلق على نتيجة القسمة أو اجازة باقى الشركاء . اعتباره فى حكم التصرف فى قدر شائع بالنسبة لهم .

حقهم فى أخـذ الحصـة المبيعة بالشفعة . م ٩٣٦ مدنى .

(الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١ س ٣١/ ص ١٢٨٣)

١- بيع الشريك على الشيوع جزء مغرز من المال الشائع قبل القسمة . م ٢/٨٢٦ مدنى .

(الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
(نقض جلسة ٨٠/٣/٢٥ س ٣١ ع١ ص ٨٨٨)

٢- المشترى لقدر مفـرز فى العقار الشـائع . لا يجوز له طلب التسليم مفرزا . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
(نقض جلسة ٣/ : : ٧٤ س ٢٥ ص ١٣٢٤)

حيازة المال الشائع :

الشريك على الشيوع . جواز تملكه بالتقادم حصة أحد الشركاء . شرطه .

(الطعن رقم ٢٠٦١ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٣ س ٣٢ ع١ ص ١٢٣٨)

وضع احد الملاك على الشيوع يده على جزء من العقار الشائع . حق باقى الشركاء قبله .

(الطعن رقم ٢٣٠٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٨)
(نقض جلسة ٨١/١٢/١٨ س ٣٢ ص ٥٥٤ ، ٨٦/٤/٢١)
(الطعن رقم ١٤٩٢ لسنة ٥٥ ق)
(نقض جلسة ١٩٨٧/٤/٢٣ ـ الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٥٣ ق)

وضع احد الملاك على الشيوع يده على جزء . من العقار يوازى حصته . حقه فى حماية وضع يده وعدم احقية أى من الشركاء في انتزاع هذا القدر منه مالم يتفق الشركاء علي تنظيم معين لادارة المال الشائع يخالف ذلك .

(الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)
(نقض جلسة ٨١/٢/١٨ س٣٢ ص٥٥٤)

الحصة الشائعة في عقاره صلاحيتها لأن تكون محلا للحيازة علي وجه التخصيص والانفراد بنيه التملك .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

ادارة المال الشائع :

١) المال الشائع ـ ادارته للشركاء مجتمعين مالم يتفقوا علي خلاف ذلك ـ ادارته من احد الشركاء دون اعتراض الباقين ـ اعتباره وكيلا عنهم . المادتان ٨٢٧ ، ٣/٨٢٨ مدني .

(الطعن رقم ٧٩٩ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

ادارة المال الشائع . حق للشركاء مجتمعين . تولي احدهم الادارة دون اعتراض الباقين . اعتباره وكيلا عنهم . المادتان ٨٢٧ ، ٨٢٨ مدني . طلب اخلاء العين المؤجرة . عملا من اعمال ادارة ـ المال الشـائع .

(الطعن رقم ٣١١١ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

أعمال الحفظ التي يحق للشريك علي الشيوع اتخاذها بغير موافقة باقي الشركاء . ماهيتها .م٨٣٠مدني . التزام جميع الشركاء كل بقدر حصته بنفقات هذه الأعمال . م ٨٣١ مدني . تلف العقار

المملوك علي الشيوع لسبب مرده خطأ الشريك الذي استأثر بالانتفاع به . أثره . مسئولية الشريك المخطيء في تعويض باقي الشركاء عما لحقهم من ضرر نوع المسئولية . توقفه علي ما إذا كان انتفاعه بالعقار وليد عقد من عدمه . نوع التعويض الأصل فيه أن يكون عينيا باصلاح ما تلف . لا يعد ذلك من أعمال الحفظ .

(الطعن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

قسمة المال الشائع :

القسمة غير المسجلة . اثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء والذي وقع في نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية علي الغير الا اذا سجلت القسمة . الغير في حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري تعريفه . عدم اعتبار من تلقي حقا مفرزا من احد الشركاء غير ولو سجل حقه قبل تسجيل القسم . مؤدي ذلك . عدم احقيته في طلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة للجزء المفرز الذي اشتراه طالما انه لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة .

(الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ س٢٦ ص٣٠)

استرداد الحصة الشائعة :

حق الشريك في الشيوع في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك اخر لاجنبي . اقتصادره علي المنقول الشائع القائم بذاته او في مجموع من المال ولو اشتمل المجموع علي عقاره العقار الشائع المعين بالذات ليس محلا لحق الاسترداد وانما محلا للشفعة . م ١/٨٣٣ مدنى .

(الطعن رقم ٥١٣ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)

(نقض جلسة ١٩٥٦/٢/١٦ س ٧ ص ٢٢٥)

إنهاء حالة الشيوع :

حالة الشيوع . عدم انتهائها الا باتجاه ارادة الشركاء جميعا الى قسمة المال الشائع قسمة نهائية .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٥١/٥/٣١ مجموعة الربع قرن ص ٨٨٦ قاعدة ١٩)

ص

صوريه

عبء اثبات الصورية . وقوعه على عاتق مدعية كفاية ادلتها . استقلال قاضى الموضوع بتقديره

(الطعنان رقما ٩٥٦ ، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٧)

تقدير ادلة الصورية وتحصيل فهم الواقع فى الدعوى من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٩٣٦ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ س٣٢ ص ٢٢٥٦)

(الطعن بصورية عقد . عدم قبوله الا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة .

(الطعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١/٢٢ س ٢٥ ص ٢١٦)

صورية العقود . للغير اثباتها بكافة الطرق ومنها القرائن . المقصود بالغير فى الصورية . كل ذى مصلحة ولو لم تربطه بالعاقدين . رابطة عقدية . مشترى العقار المشفوع فيه . يعد غيرا بالنسبة للعقد سند ملكية الشفيع لما يشفع به . له التمسك بصورته

(الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ س ٣١ ق١ ص ٩٠٤)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١/٢٩) .
(الطعن رقم ٨١٠ لسنة ٥٢ ق) .

استخلاص الصورية من أدلتها من سلطة محكمة الموضوع طالما كان ذلك سائغا .

(الطعن رقم ١٤٢٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ س ٢٧ ع١ ص ٧٢٨)

تقدير ادارة الصورية وكفايتهــا واسـتخلاص ما تراه من اقوال الشهود . من سلطه محكمة الموضوع متى كان قضاؤها مستخلصا سائغا ولا يخالف الثابت بالاوراق

(الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ س ٣٢ ع٢ ص ٢٢٥٦)

الدفع بالصورية جواز ابدائه لاول مرة أمام محكمة الاستئناف اغفال الحكم الرد عليه . أثره . بطلان الحكم .

(الطعن رقم ٢٢٥٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

الدفع بالصورية . ...م التزام محكمة الموضوع باجابة طلب تحقيقه متى وجدت فى ظروف الدعـوى ما يكفى لاقناعها بعدم جديته . حسبها ان تبين فى حكمها الاسباب التى اعتمدت عليها فى رفضه .

(الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

طعن الوارث بصورية التصرف الصادر من مورثه اضرارا بحقه فى الميراث جواز اثبات طعنه بكافة طرق الاثبات الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة . له اثبات احتفاظ المورث بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها كقرينة قضائية تخضع لمطلق تقدير القاضى . م ٩١٧ مدنى .

(الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٢ - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)
(نقض جلسة ٧٦/٦/٢٢ س ٢٧ ص ١٣٩١)

١) تقدير كفاية أدلة الصورية . من سلطة محكمة الموضوع لها الأخذ بأسباب حكم قدم اليها كدليل فى الدعوى ولو لم يكن له حجية تلزمها .

(الطعن رقم ٢١٣٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ س ٣٢ ص ٢٢٥٦)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ س ٣٣ ص ٢١١)

لدائنى المتعاقدين والخلف الخاص حسنى النية التمسك بأى من العقدين الصورى أو المستتر . م ٢٤٤ مدنى . شرطه اختلاف شخصى المتصرف فى كل من العقدين .

(الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

ستر المتعاقدين عقدا حقيقيا بعقد ظاهر لا يهما وللخلف العام التمسك بالعقد الحقيقى دون الصورى شرطه إثبات وجود العقد الحقيقى طبقا للقواعد العامة فى الإثبات ما لم يقع غش أو تحايل من أحدهما ضد الاخر . فيجوز اثبات وجود العقد الحقيقى بكافة الطرق وقوع الغش والاحتيال على القانون ضد الغير . لا يجيز لمن تمسك به من المتعاقدين سوى الاثبات وفقا للقواعد العامة .

(الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)
(نقض جلسة ٨١/٥/١٤ س ٣٢ ص ١٤٧٠)

الادعاء بالصورية بعد الطعن بعدم نفاذ التصرف

الطعن بعدم نفاذ التصرف . أثره . عدم قبول الادعاء من بعد بصورية ذلك التصرف . علة ذلك . سبيل الجمع بينهما فى دعوى واحدة .

(الطعن رقم ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٦)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/٤ س٢٨ ص ١١٢٥)

ضرائب

اجراءات الطعن الضريبى :

اجراءات الاعلان . ترسل من مصلحة الضرائب الى الممول بربط الضريبة . اختلافها عن اجراءات الاعلان فى قانون المرافعات . تسليم مراسلات مصلحة الضرائب الى الممولين . كيفيته . المادة ٣٨٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بنظام البريد .

(الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)
(نقض جلسة ٧٢/٥/٣١ س ٢٣ ص ١٠٤٧)

رفع المطعون فى قرارات اللجان الخاصة بضريبة التركات . طريقته . ايداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة وقيدها فى ذلك اليوم . مرور الدعوى بمرحلة التحضير واعلان الخصوم وفقا للمواعيد وبالوسائل الخاصة المنصوص عليها فى المادة ٥٤ مكرر من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ على خلاف القواعد العامة : لا أثر له على قيام الدعوى . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٣٩ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

سنة الاساس :

اتخاذ سنة ١٩٦٨ سنة أساس . القانون ٧٧ لسنة ١٩٦٩ . شرطه . أن تكون هذه السنة سنة ضريبية كاملة وأن يحقق الممول خلالها ربحا . عدم تحقق ذلك. أثره . اتخاذ أول سنة ضريبية كاملة تالية حقق الممول فيها ربحا سنة أساس . اختلاف عدد السنوات التى يسرى عليها. الربط الحكمى باختلاف الارباح المقدرة فى سنة الاساس . تقيم الممولين الى فئات ثلاث . وقف القياس عند السنوات التى حددها القانون لكل فئة وبدء سنة أساس جديدة أيا كانت الاساس .

(الطعن رقم ٢٤١٥ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٨٣/٤/١١ س ٣٤ ص ٩٣٧)

المعاملة الضريبية للشركات بين الاصول والفروع :

الشركات التى تقوم بين الاصول والفروع أو بين الازواج أو بين بعضهم البعض . م ٤١ ق ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٣ .

المقصود بها . الشركات القائمة فعلا فى تاريخ العمل بالقانون الاخير وما يقوم منها فى تاريخ لا حق اعتبار هذه الشركات صورية وغير جدية ومعاملتها ضريبيا معاملة الممول الفرد مالم يثبت صاحب الشأن جديتها .

ثبوت تاريخ قيام هذه الشركات قبل العمل بالقانون ٧٨ لسنة ١٩٧٣ أو سبق ربط الضريبة عليها بهذه الصفة عن سنوات سابقة لا يصلح بذاته دليلا على جديتها .

(الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

ع

عقد ـ عمل

عقد

الرضا:

الاكراه المبطل للرضا . ماهيته . تقديم وسائله ومدى تاثيرها على نفس المتعاقد . موضوعى . استقلال محكمة الموضوع به دون رقابة من محكمة النقض متى أقامت قضائها على أسباب سائغة .

(الطعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق - ١٦٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

الغش والتدليس فى التعاقد شرطه أن يكون . ما استعمل فى خداع المتعاقد حيلة غير مشروعة قانوناً . مؤدى ذلك . م ١٢٥ مدنى . توقيع المتعاد على العقد متضمناً رهن الأطيان مقابل مبلغ الدين مع علمه بصوريته ومخالفته للواقع بقصد إستخدامه فى نزاع مع آخر ينفى قيام التدليس . علة ذلك . خلوه من أية طرق إحتيالية .

(الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)
(نقض جلسة ٧٦/١٢/٢١ س ٢٧ ص ١٧٩١)

دلالة العربون :

دلالة دفع العربون . المرجع فى بيانها لما تستقر عليه نية المتعاقدين لإعطاء العربون حكمه القانونى . لمحكمة الموضوع استظهار نيتهما من ظروف الدعوى . لارقابه لمحكمة النقض عليها متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ٧٥/٢/٢٣ س٢٦ ص ٤٥٧)

تكييف العقد :

التعرف على حقيقة العقد واسباغ صفة المتعاقد على من يفصح عن ارادة متطابقة مع ارادة أخرى على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله فى خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعنان رقما ١٨٦٩ ، ١٨٧٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)

تكييف العقود العبره فيه بحقيقد ما عناه المتعاقدون منها دون التقيد بتكييفهم لها . لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفهم نية المتعاقدين واستظهار حقيقة العقد واستنباط الواقع من عباراته على ضوء الظروف الملابسة شرطه . أن يكون سائغا .

(الطعن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

تفسير العقد :

لمحكمة الموضوع سلطة تفسير المستندات والعقود والشروط المختلف عليها بما تراه أو فى بمقصود العاقدين طالما أن عباراتها تحمل المعنى الذى حصلته

(الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)
(نقض جلسة ١٩٨٤/٥/٢ - الطعن رقم ١٠٠٠ لسنة ٥٠ ق)

٢) سلطة قاضى الموضوع فى العدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط وسائر المحررات . شرطه . بيان سبب العدول وكيف افادت تلك الصيغ المعنى الذى أخذ به وانها استندت الى اعتبارات معقولة سـائغة .

(الطعن رقم ٢١٦٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٥)
(نقض جلسة ١٩٦٧/٣/٢٣ س ١٨ ص ٤٦١)

تفسير العقود واستظهار نيه طرفيها . من سلطة محكمة الموضوع طالما أنها لم تخرج عن المعنى الظاهر لعباراتها . عدم تقيدها بما تفيد عبارة معينة منها بل بما تفيده فى جملتها .

(الطعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٥ س ٣٣ ص ٤٨٤)

سلطة محكمة الموضوع فى تفسير العقود والمشارطات وسائر المحررات . التزامها بعدم الخروج عن

المعنى الظاهر لعباراتها .

(الطعن رقم ٣-١٢٠ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٧ س٣٣ ع٢ ص ٦٨٧) .

محكمة الموضوع لها السلطة المطلقة في فهم الواقع في الدعوي وفي تفسير الاتفاقات والاقرارات وسائر المحررات بما تراه او في الي نية اطرافه او احد اصحاب الشأن فيها . وجوب ألا تخرج في تفسيرها عن المعني الذي تحتمله عبارات المحرر وأن تكون النتيجة التي خلصت اليها لها مأخذها الصحيح من الاوراق .

(الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣)
(نقض جلسة ٨١/٦/٢٥ س٣٢ ص١٩٥٢)

تفسير العقد من سلطة محكمة الموضوع . شرطه . أن يكون الاستخلاص سائغا وأن تلتزم محكمة الموضوع بعبارات الاتفاق الواضحة وان لا تعتد بما تعنيه عبارة معينة بذاتها يجب عليها أن تأخذ بما تفيد العبارات بأكملها وفي مجموعها .

(الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص الاتفاق وتعرف مقصود المتعاقدين منها مستهديا بالظروف التي احاطت بتحريره وما يكون قد سبقه او عاصره من اتفاقات عن ذات موضوعها . وجوب الاعتداد بما تفيده عبارات الاتفاقات في جملتها لا بما تفيده عبارة منها مستقلة عن باقي عباراتها .

(الطعن رقم ١١٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١٢)
(نقض جلسة ٦٧/١/٢٦ س١٨ ص٢١٥)
(نقض جلسة ٦٨/١/١٢ س١٩ س١٣٢٩)

صورية العقد :

الطعن بصورية عقد . عدم قبوله الا ممن له مصلحة فيه وفي حدود هذه المصلحة .

(الطعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)
(نقض جلسة ٧٤/١/٢٦ س٢٥ ص٢١٦)

المفاضلة بين العقود :

المفاضلة بين العقود . مناطه . ان تكون كلها صحيحة . عدم تسجيل عقد البيع الأول أو ثبوت تاريخه . لا أثر له .

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة٧٨/١١/٢٩ س٢٩ ص١٨٠٦)

اثار العقد :

الوضع الظاهر . قاعدة واجبة الاعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها . مؤدى ذلك . أعتبار التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية نافذا فى مواجهة صاحب الحق متى أسهم الاخير بخطئه ـ سلبا أو أيجابا ـ فى ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق . .

(الطعن رقم ١,٢٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٨)
(نقض جلسة ٨٦/٢/١٦ س ٣٣ ص ٦٣٩)

قاعدة نسبية أثر العقود . لا تحول دون تطبيق نظرية الاوضاع الظاهرة متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها . مؤدى ذلك نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق الذى أسهم بخطئه ـ سلبا أو ايجاباً ـ فى ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق علة ذلك . التمسك بالوضع الظاهر . دفاع جوهرى . أغفال بحث مدى توافر شروطه . خطأ وقصور .

(الطعن رقم ١٨٠٠ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

فسخ العقد :

طلب فسخ العقد غير المتضمن للشرط الصريح الفاسخ . عدم التزام المحكمة باجابته . للمدين توقى الفسخ بالوفاء بالتزامه ولو بعد انقضاء الاجل المحدد بالعقد وإلى ما قبل صدور الحكم النهائى فى دعوى الفسخ . شرطه . الا يكون هذا الوفاء المتأخر مما يضار بـه الدائن .

(الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)
(نقض جلسة ١٩٨٤/٥/١٢ ـ الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٠ ق)

سلطة محكمة الموضوع فى فهم الواقع فى الدعوى واستخلاص نية المتعاقدين على الفسخ الضمنى . شرطه . أن تبين فى أسباب حكمها الوقائع والظروف التى كشفت عن تلاقى ارادتى الطرفين على حل العقـد .

(الطعن رقم ١١٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٥ س ٣٠ ع٢ ص ٢٧)
(نقض جلسة ١٩٦٩/١/٢ س ٢٠ص ٧)

عدم النص فى عقد البيع على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم متى تأخر المشترى عن سداد الثمن . مؤداه . عدم وقوع الفسخ إلا بحكم من القضاء .

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٦٢/٢/٨ س ١٣ ص ١٩٦)

الشرط الفاسخ الصريح . وجوب أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له .

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ س ٢٩ ص ١٣٢٨)

إبطال العقد :

دفع المتعاقد بابطال العقد بعد اقراره بصحته . غير مقبول .

(الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١ س٢٧ ع٢ ص١٨٠١)

أنواع من العقود :

العقد الادارى :

العقد الادارى . ما هيته . عقد اشتراك الهواتف الذى تبرمه الهيئة العامة المختصة . خضوعة لقواعد القانون الخاص . علة ذلك . المنازعة المطرحة فى شأنه منازعـة مدنية . اختصـاص جهـة القضـاء العـادى بالفصل فيهـا .

(الطعن رقم ١٧٦٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٦)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/١٩ س ٢٨ ص ٩٩٥)

الترخيص بشغل العقار . وروده على الأموال العامة للدولة أو للشخص الاعتبارى العام . أعتبار العقد اداريا شرطه .

(الطعن رقم ٣٩٦ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

عقد نقل الأشخاص :

عقد نقل الأشخاص . أصابة الراكب بضرر اثناء تنفيذ العقد . تحقق مسئولية الناقل دون حاجة لاثبات خطئه انتفاء مسئوليته اذا كان الحادث ـ نتيجة قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير وحده . خطأ الغير الموجب لاعفاء الناقل من المسئولية . مناطه .

(الطعن رقم ١٣٨٧ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)
(نقض جلسة ٧٩/٣/٧ س . ع ص ٧٤٢)

عقد النقل البحرى :

عقد النقل البحرى . عدم انقضائه الا بتسليم البضاعة للمرسل اليه تسليما فعليا . انتفاء مسئولية الناقل اذا اثبت أن العجز أو التلف راجع الى قوة قاهرة أو الى سبب أجنبى . تفريغ المرسل اليه للبضاعة من السفينة لايدل بذاته على تسلمه البضاعة ولا ينفى مسئولية الناقل .

(الطعن رقم ١١٤٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

عمل

قانون العمل . اعتباره مكملا لاحكام نظامى العاملين بالقطاع العام الصادرين بقرار رئيس الجمهورية ٣٣٠٩ لسنة ٦٦ والقانون ٦١ لسنة ٧١ خلو التشريعين الاخرين من نص بشأن كيفية حساب الاجر الاضافى للعاملين بالقطاع العام . أثره . وجوب الرجوع فى هذا الشأن لقانون العمل وحده .

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

تقدير قيام المبرر لفصل العامل وتقدير التعويض المستحق له عن الفصل بدون مبرر . من سلطة محكمة الموضوع طالما اقامت قضاءها على اسباب سائغة .

(الطعن رقم ٩٣٦ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

الترقية ليست حقا مكتسبا للعامل . خضوعها لتقدير الشركة . أثره . عدم التزامها بشغل الدرجة الخالية لديها فى تاريخ معين .

(الطعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

إعمال مبدأ المساواة . شرطة .

(الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

ترقية العاملين بشركات القطاع العام فى ظل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ . شرطها . وجود وظيفة خالية . واستيفاء المرشح لها شروط شغلها طبقا للقواعد والضوابط التى تضعها الشركة . عدم جواز التحدى بقاعدة المساواة لمناهضة أحكام القانون .

(الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

قواعد ترقية مديرى وأعضاء الادارات القانونية الخاضعة للقانون رقم ٤٧ لسنة ٧٣ وإشتراطات شغل الوظائف الفنية بها المنصوص عليها فى المادة ١٣ من القانون المشار اليه . خضوعها لقرارى وزير العدل ١٧٨٥ لسنة ٧٧ و ٧٨١ دون تلك الواردة فى القانون رقم ٤٨ لسنة ٧٨ . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

ف

فوائد

شرط إستثمار طالب البناء امواله على سندات الاسكان الالتزام الناشئ عنه . مؤداه . عدم التزام المستثمر بأداء فوائد عن تراخيه فى هذا الاستثمار . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٠٣٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

سريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية شرطه . أن يكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب . المقصود به فى معنى المادة ٢٢٦ مدنى. الا يكون المبلغ تعويضا يخضع فى تحديده لمطلق تقدير القضاء ولو نازع المدين فى مقداره .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٨ س ٣٢ ع٢ ص ٢٤٤٦)

قسمة

عقد القسمة :

عقد القسمة من العقود التبادلية من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر . مؤداه . وجوب قيام وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل فى ابرامه .

(الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ٢١ /١٩٨٨/٤)
(نقض جلسة ٦٢/٥/٤ س ١٣ ص ٥٩٥)

عقد القسمة لايبطله عدم توقيع جميع الشركاء عليه . اعتباره ملزما لكل من وقعه منهم . عدم جواز تحلل الشريك المتقاسم من التزاماته ، بحجة تخلف شريك أخر عن التوقيع على عقد القسمة . للاخير اقراره متى شاء . مؤداه . انصراف اثره اليه . م ٨٣٥ مدنى .

(الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)
(نقض جلسة ١٩/٥/ ١٩٥٥ س ٦ ص ١١٥٢)

القسمة غير المسجلة :

القسمة غير المسجلة . أثرها . أعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزه لنصيبه .

عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت القسمة . الغير . ماهيته .

(الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ س ٣١ ع٢ ص ٤٧٦)

القسمة غير المسجلة . أثرها . إعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الأخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة المقصود بالغير فى حكم المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

(الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

دعوى القسمة :

دعوى قسمة الشائع تخصيصه أو بيعه إختصاص المحكمة الجزئية بنظرها المواد ٣/٤٣ ، ٤٦٤ مرافعات ، ٨٣٦ مدنى .

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ س ٢٧ ص ١٣٥٨ ، ١٩٦٢/١/٢٥ س ١٣ ص ١٠٤)

الحكم فى دعوى الملكية الصادر من المحكمة الابتدائية . سقوط الحق فى استئنافه بمضى اربعين يوما من تاريخ صدوره . المواد ٢١٣ ، ٢١٥ ، ١/٢٢٧ مرافعات . توقف الفصل فى دعوى القسمة على الفصل نهائيا فى دعوى الملكية . لا أثر له . علة ذلك . استقلال دعوى القسمة عن دعوى الملكية موضوعا وسببا

(الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

حكم القسمة :

حكم القسمة . حجيته . ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما فصل فيه .

(الطعن رقم ٢١٣٥ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٤)
(نقض جلسة ٦٦/٢/٢٤ س ١٧ ص ٤١٢)

اثر القسمة .

المشترى لحصة شائعة من المتقاسم . لا يحتج عليه بالقسمة اذا سجل عقده قبل تسجيلها . علة ذلك

(الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ س ٣٢ ص ١٣٠٤)

قوة قاهره

أعتبار الحادث قوة قاهرة . شرطه . عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه .

(الطعن رقم ١٣٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)
(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/١٧)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ س ٣١ ع١ ص ٩٣٠)

كفاله

الاتفاقية الدولية الخاصة بالاستيراد المؤقت للسيارات التى وافقت عليها جمهورية مصر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٥٦ . مؤداها كفالة نادى السيارات الصادر عنه دفتر المرور للمستورد . كفالة قانونية . قرار وزير الخزانة رقم ٦ لسنة ١٩٦٨ . أثر . عدم اعتبار نادى السيارات المصرى ضامنا مالم يصدر عنه دفتر مرور دولى بالنسبة للسيارة المفرج عنها .

(الطعن رقم ٨٢٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/١٠)

م

مرافق عامة

المرفق العام . كيف تسييره الرقابة القضائية على ممارسة المرفق لسلطته . مناط أعمالها .

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)

مرض الموت

مرض الموت العبرة فى تحديده بأن يكون مما يغلب فيه الهلاك وشعور المريض بدنو أجله وينتهى بوفاته . استطالة المرض لأكثر من سنة . عدم اعتباره مرض موت الا فى فترة تزايده واشتداد وطأته العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة .

(الطعن رقم ١٩٩٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)
(نقض جلسة ١٩٥٥/٤/٢١ لسنة ٦ ص ١٠٢٠)

مرض الموت . لا يشترط فيه ملازمة صاحبة الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار . كفاية حدوث ذلك وقت اشتداده .

(الطعن رقم ١٩٩٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)
(نقض جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ س ١٥ ص ٣٩٥)

مسئولية

المسئولية التقصيرية :

ركن الخطأ :

أقامة المشروع قرينة قانونية مقتضاها اعفاء الجهة الادارية من اثبات خطأ أمين المخزن عند وقوع عجز فى عهدته التى تسلمها فعلا . م ٤٥ من لائحة المخازن والمشتريات . ارتفاع هذه القرينة متى اثبت الموظف ان العجز نشأ عن اسباب قهرية أو ظروف خارجة عن ارادته لم يكن فى وسعه التحوط لها .

(الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣)

استخلاص ادلة ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببيه بينهما . استقلال قاضى الموضوع به متى كان سائغا ومستمدا مما يؤدى اليه .

(الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)
(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ع٣ ص ٣٣٧)

القرينة القانونية القائمة على افتراض خطأ أمين المخزون عند وقوع عجز فى عهدته التى تسلمها فعلا م ٤٥ من لائحة المخازن والمشتريات . مناطها . ثبوت سيطرته الواقعية والكاملة على عهدته اثناء العمل

وان تمكنه النظم السائدة من المحافظة عليها . تخلف ذلك .اثره . انتقاء هذه القرينة فى حقه . مؤداه وقوع عبء اثبات مسئولية امين المخزن على عاتق الجهة الادارية .

(الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٣١)

استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببيه بينه والضرر . من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٦٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ع٣ ص ٣٣٧)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٣٠ س ٣٢ ع٢ ص ٢١٧٥)

استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر من سلطة محكمة الموضوع . متى كان سائغا ومستمداً مما يؤدى اليه .

(الطعن رقم ٩٦٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

ركن الضرر :

تفويت فرصة رعاية المورث لطالبى التعويض بموته . أمر محقق . وجوب أحتسابه كسبا فائتا وتعويضهم عنه .

مناطه . ما كان المضرور يأمل الحصول عليه مادام لهذا الامل اسباب مقبوله .

(الطعن رقم ٢١٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ٦٢/٣/٢٩ س ١٣ ص ٧٣٥)

ركن السببية :

علاقة السببية . مناط ثبوتها . قيام علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر يستفاد منها أن وجود المضرر انما يترتب على وجود المضرر انما يترتب على وجود الخطأ

(الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)
(نقض جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ س ١٩ ص ١٤٤٨)

بعض صور المسئولية التقصيرية

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة :

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة . قيامها على خطأ مفترض فى جانب المتبوع مرجعة سوء اختياره التابعة وتقصيره فى رقابته . تحققها كلما كان فعل التابع قد وقع اثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصة ارتكابه . لا عبرة للباعث على ارتكاب الفعل .

(الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ س ٢٧ ص ٧٤٢)

مسئولية المتبوع . ماهيتها . اعتباره فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون لا العقد . م ١/١٧٤مدنى . له حق الرجوع على تابعة بما أوفاه من تعويض للمضرور . م ١٧٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)
(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٢ س ٣٢ ع٢ ص ٦٠٣١)

مسئولية المتبوع . تحققها كلما كان فعل التابع قد وقع اثناء وظيفته أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصة ارتكابه الفعل غير المشروع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى سواء كان الباعث متصلا بالوظيفة من عدمه أو وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه . م ١٧٤ مدنى .

(الطعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)
(نقض جلسة ٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ع٣ ص ١٨١)
(نقض جلسة ٧٩/٥/٣١ س ٣٠ ع ٢ ص ٤٩٦)

القضاء ببراءة التابع لانتفاء الخطأ فى جانبه

لا يمنع المحكمة المدنية من الزام المتبوع بالتعويض على أساس مسئولية حارس الشئ . م ١٧٨ مدنى . نفيها باثبات الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى . وقـوع الضرر نتيجة عيب فى الشئ ولو كان خفيـا . لا يعد سببا أجنبيا . (مثال)

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

علاقة التبعية . مناطها . أن يكون للمتبوع سلطة فعلية فى اصدار الاوامر الى التابع فى طريقة اداء عمله وفى الرقابة عليه ومحاسبته . المدارس الخاصة والعاملين بها . تبعيتهم لوزارة التعليم بالمعنى المقصود فى المادة ١٧٤ مدنى .

(الطعن رقم ١٧٣٩ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)
(نقض جلسة ٧٧/١١/١ س ٢٨ ع٢ ص ١٥٩٢)

تحديد المتبوع . العبرة فيه بوقت وقوع الخطأ من التابع . لا يغير من ذلك انتقاله الى رقابة وتوجيه متبوع آخر أو انتهاء هذه التبعية بعد ذلك

(الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ س ٣٣ ص ١٠٦٥)

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة . قيامها على خطأ مفترض فى جانب المتبوع مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره فى رقابته . تحققها كلما كان فعل التابع قد وقع اثناء تأدية الوظيفة أو كلما إستغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصه ارتكابه . م ١/١٧٤ مدنى . لا عبرة للباعث على ارتكاب الفعل .

(الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)
(نقض جلسة ٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ع٣ ص ١٨١)

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة ما هيتها . اعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون . اعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة للتابع أو المتبوع . لا أثر لها فى مسئولية الاخر . للمضرور أن يقاضى ايهما بالحق كله دون اختصام الآخر .

(الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)
(نقض جلسة ٨١/١١/١٢ س ٣٢ ص ٢٠١١ ، ١٩٨٨/٢/١٨ ـ الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق)

مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه غير المشروعة ما هيتها . لا محل لاعمال حكم المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن وجوب توافر الخطأ من جانب رب العمل . مجال إعماله عند بحث المسئولية الذاتية للأخير .

(الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة . م ١٧٤ مدنى مناطها . علاقة التبعية . قوامها . السلطة الفعلية للمتبوع على التابعة فى الرقابة والتوجيه .

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

مسئولية حارس الاشياء :

مسئولية حارس الأشياء . أساسها. خطأ مفترض جواز دفعها باثبات السبب الأجنبى . م ١٧٨ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

دعوى المسئولية الناشئة عن عمل الغير أو عن حراسة الاشياء . بدء سريان تقادمها الثلاثى من يوم العلم الحقيقى ـ لا الظنى ـ بوقوع الضرر وبشخص المسئول قانونا عنه . م ١٧٢ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

مسئولية حارس الشئ . م ١٧٨ مدنى . قيامها على خطأ مفترض للحارس دفعها باثبات وقوع الضرر بسبب اجنبى . وجود عيب فى الشئ ولو كان خفيا . عدم اعتباره سببا اجنبيا . إغفال الحكم بحث إذا كان هذا العيب هو السبب الفعال المنتج المحدث للضرر . قصــور .

(الطعن رقم ١٨٨٥ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢)
(نقض ـ جلسة ٧٨/٢/٩ س ٢٩ ص ٤٣٧ ، جلسة ٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ص ١٠٩٤)

مسئولية حارس الاشياء . مناطها . وقوع الضرر بفعل الشئ بتدخله تدخلا ايجابا فى احداثه . نفيها لايكون ألا باثبات السبب الأجنبى . م ١٧٨ مدنى .

(الطعن رقم ٧١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ٧٧/٣١ س ٢٨ ص ٥٩١)

مسئولية حارس الشئ . اساسها . قيامها على خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس . جواز نفيها باثبات وقوع الضرر بسبب أجنبى . وجود عيب فى الشئ ولو كان نفيا لا يعد سببا اجنبيا .

(الطعن رقم ٢٠٤٤ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/١)
(نقض جلسة ٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ص ١٠٩٤)
(نقض جلسة ٦٥/٣/٢٥ س ١٦ ص ٣٩٦)

مسئولية حارس الشئ . أساسها . قيامها على خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس ، جواز دفعها باثبات وقوع الضرر بسبب اجنبى .

(الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)
(نقض جلسة ٨١/١٢/٢ س ٣٢ ص ٢٢١٢ ، ٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ص ١٠٩٤)

الحارس الذى يفترض الخطأ فى جانبه هو الشخص الطبيعى أو المعنــوى الذى تكون لـه السلطة الفعلية على الشئ ولا تنتقل الحراسة منه الى تابعه المنوط به استعمال الشئ .

(الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)
(نقض جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ س ١٦ ص ٣٩٦ ، ٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ص ١٠٩٤)

مســئولية حـارس الأشـياء ماهيـة الشئ الذى لا يندرج فى مدلول الالات الميكانيكية ـ شرط تحققه . وقوع الضرر بفعل الشئ هو بتدخله تدخلا ايجابيا فى إحداثه . م ١٧٨ مدنى ـ عدم استظهار الحكم ذلك يؤدى إلى القصور المبطل .

(الطعن رقم ١٩٠٧ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

مسئولية حارس الشئ . قيامها على خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس إلا بنفى علاقة السببية باثبات السبب الأجنبى . م ١٧٨ مدنى .

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

من يدعى خلاف الظاهر . عليه عبء اثباته مدعيا كان أو مدعى عليه . مسئولية حارس الأشياء قيامها على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس . جواز دفعها بالسبب الأجنبى . تقديم الطاعنين شهادة رسمية تفيد قيد الجنحة ضد أحد تابعى المطعون ضدها لتسببيه خطأ فى موت مورثة الطاعنين بأن صدمها بالسيارة التى هى فى حراستها . قضاء الحكم برفض الدعوى تأسيسا على عدم دلالة الشهادة سابقة البيان على وقوع الضرر بفعل السيارة دون أن تقدم المطعون ضدها ما يخالف ظاهر دلالتها أو تنفى رابطة السببية . فساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

اختصاص شركة توزيع كهرباء القاهرة اعتبار من تاريخ قيامه فى عام ٧٨ بمزاولة جزء من نشاطة هيئة كهرباء مصر . مؤداه . اعتبارها من تاريخ قيامها صاحبة السيارة الفعلية والحارسة على شركة الكهرباء فى المناطق التى تقوم بتوزيع وبيع الطاقة الكهربائية فبها .مسئوليتها عما يحدث عنها من اضرار . لا محل لإعمال اللائحة التنفيذية لقانون الحكم المحلى لصدورها عام ١٩٧٩ تاليا لواقعة الحادث .

(الطعن رقم ٥٦٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

اساءة استعمال الحق :

استعمال الحق استعمالا مشروعا . لا يترتب مسئولية عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير . م ٤ مدنى . إساءة استعمال الحق . صورها م ٥ مدنى (مثال : بشأن حق المالك فى فتح باب على منور مشـــترك).

(الطعن رقم ١٦٩٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/١ س ٢٩ ص ١٦٦١)

اساءة استعمال حق التقاضى :

حق التقاضى من الحقوق العامه . الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا موجب للمساءلة وتعويض الاضرار . استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر. من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغا .

(الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ س ٣٣ ص ١٢٧٩)
(نقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ س ١٨ ص ١٩٤٣)

المسائلة عن إساءة استعمال حق التقاضى أو الدفاع فى الدعوى . مناطها .

(الطعن رقم ٢٣٤٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ س ٣٣ ع٢ ص ١٣٧٩)

استعمال حق النشر :

حصانة النشر . اقتصارها على الاجراءات القضائية العلنية والاحكام التى تصدر علنا . عدم امتدادها الى التحقيق الابتدائى أو التحقيقات الاولية أو الادارية . نشر وقائع التحقيقات أو ما يقال أو يتخذ فيها من ضبط أو حبس أو تفتيش أو اتهام أو احالة الى المحاكمة .مسئولية من نشرها . علة ذلك . المادتان ١٨٩ ، ١٩٠ عقوبات .

(الطعن رقم ٢٤٤٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

حرية الصحفى فى نشر ما يحصل عليه من انباء أو معلومات أو احصائيات من مصادرها وفقا للقانون ١٤٨ لسنة ١٩٨٠ . شرطها .

(الطعن رقم ٨ ١٤٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

جواز تناول القضايا فى مرحلة التحقيق الابتدائى أو الأولى بالنشر . التزام الصحف فى هذه الحالة بنشر بيانات عنها والقرارات الصادرة فيها وموجز الاسباب التى اقيمت عليها . ما يؤثر على صالح التحقيق أو مراكز من تناولهم . أعتباره من محارم القانون . أثره عدم جواز نشره . ق ١٤٨ ـ لسنة ١٩٨٠

(الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٧) .

مسائل عامة :

ترتب مسئوليتين ـ جنائية ومدنية ـ عن الفعل الواحد.اقامة دعوي المسئولية امام المحكمة المدنية . اثره . وجوب وقف السير فيها حتي تمام الفصل نهائيا

في الدعوي الجنائية . م ٢٦٥ اجراءات جنائية. علة ذلك . اعتبارها مانعا قانونيا من متابعة السير في اجراءات الدعوي المدنية التي يجمعها بالدعوي الجنائية اساس مشترك .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق "هيئة عامة"جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

عدم النعي في عقد امانة السفن علي الأعمال التي يقوم بها امين السفينة "التوكيل الملاحي".مؤداه. وجوب الرجوع الي العرف لتحديد هذه الأعمال علة ذلك .

خلو قرار وزير النقل البحري رقم ١٤٣ لسنة ١٩٧٦ بشأن غرض شركة القناة للتوكيلات الملاحية من تحديد المركز القانوني لامين السفينة او بيان طبيعة الاعمال التي تدخل في نطاق مسئوليته .

استناد الحكم المطعون فيه على القرار لنفي صفة الوكيل الملاحي في تمثيل مجهز السفينة في [illegible] المسئولية التقصيرية عن الحوادث البحرية [illegible] الي عقد امانة السفينة او العرف . خطأ في [illegible]

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة [illegible])

(الطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٥١ ق ـ جلسة [illegible])

المسئوليتان العقدية والتقصيرية . نطاق كل منهما . إخلال المتعاقد الذي يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما . وجوب إعمال المسئولية التقصيرية .

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

ملكية

اسباب كسب الملكية :

وضع اليد المدة الطويلة :

وضع اليد المدة الطويلة . كفايته بذاته سببا مكسبا للملكية . متي توافرت شروطه القانونية . مؤدي ذلك .

(الطعن رقم ٧٥٤ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٦/٢٥ س١٥ ص٨٩٠)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٤/٩ س١٩ ص٧٤١)

إقامة المشتري دعوي صحة ونفاذ عقد البيع الصادر من البائع له . عدم اعتباره نزولا منه عن مدة وضع اليد السابقة في كسب الملكية بالتقادم . علة ذلك.

(الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١/٢ ـ الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ ق)

إقامة المشترى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . عدم اعتباره نزولا منه عن مدة وضع اليد السابقة فى كسب الملكية بالتقادم . ذلك .

(الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة [illegible] ١٩٨٨ ـ الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٣ ق)

[illegible] . مناطه . عدم جواز تصدي المحكمة [illegible] بنفسها . للوارث ان يتملك بالتقادم الحصة الشائعة لغيره من الورثة متي استوفي وضع يده الشروط القانونية دون ان تشوبها شبهة الغموض او مظنة التسامح . وجوب بيان الحكم الوقائع التي تؤدي الي توافر شروط وضع اليد .

(الطعن رقم ١٥٠٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٢١)

(نقض جلسة ٧٧/١٢/١٥ س٢٨ ص١٨١٠ ، ٧٥/٥/١٣ س٢٦ ص٩٩٧ ، ٨١/١/١٦ س٣٢ ص٥٨٨)

انتقال الملكية :

عدم انتقال ملكية العقار الي المشتري الا بتسجيل عقد البيع او الحكم بصحة التعاقد عنه .

عدم التسجيل.اثره.بقاء الملكية علي ذمة البائع.البناء الذي يقيمه المشتري. ملكيته تكون للبائع بحكم الالتصاق .

(الطعن رقم ١١٢٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

الملكية في المواد العقارية . عدم انتقالها سواء بين المتعاقدين او بالنسبة الي الغير الا بالتسجيل . توزيع الارض المستولي عليها علي صغار المزارعين . لا يترتب عليه بذاته انتقال الملكية اليهم بل يتعين لانتقال ملكيتها اليهم ان يتم تسجيلها باسم من وزعت عليه .

(الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٤/٦ س٢٧ ص٧٦٢)

الملكية في العقار . لا تنتقل الا بالتسجيل . الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع لا يترتب بذاته انتقال الملكية مالم يسجل أو يؤشر علي هامشه طبقا للقانون .

(الطعن رقم ٢٢٧٦ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٦/٥)
(نقض جلسة ٨٢/١١/١١ س٣٣ ع٢ ص١٠١٢ ، ٨٠/١٢/٢٣ س٣١ ع٢ ص٢١٠٢ ، ٨٦/٣/٢٧ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٢ ق)

القيود الوارده علي الملكية :

حق المطل :

حق الجار في أن يكون له مطل علي جاره . شرطه . المادتان ٨١٩ ، ٨٢٠ مدني . عدم بيان الحكم ما هية المطلات التى اقيمت ووجه مخالفتها للقانون أو تحقيق دفاع الطاعن بانه كسب الارض التى يطلب عليها بالتقادم . قصور .

(الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

حظر تكرار بيع الاراضى :

حظر التصرف فى العقار على خلاف عقد سابق . م ٨٢ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . اقتصاره على بيع الاماكن المعدة للسكنى . تكرار بيع الاراضى لا يكون جريمة نصب شرطه . بقاء الملكية للبائع وقت صدور التصرف

(الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٥٢٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨)
(الطعن رقم ٣٥ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٥/٥/٩)

حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية والاراضى الفضاء :

حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية والاراضى الفضاء فيما عدا الحالات التى يوافق عليها مجلس الوزراء بشروط معينة ـ لمجلس الوزراء الاستثناء من هذه الشروط كلها أو بعضها فى الحالات التى تقتضيها مصالح البلاد القومية او الاقتصادية او متطلبات التنمية الاجتماعية او اعتبارات المجاملة ق ٨١ لسنة ١٩٧٦ .

الغاء هذا الاستثناء بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ .

مؤداه . بقاء سلطة مجلس الوزراء في الموافقة علي تلك الاجانب متي توافرت جميع الشروط التي نص عليها القانون .

(الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية او الاراضي الفضاء . المادتان ١ ، ٤ ق ٦١ لسنة ١٩٧٦. سريانه علي كل تصرف ولو كان في صورة بيع عرفي

أو اي سبب آخر من شأنه ان يؤدي الي الملكية عدا الميراث بطلان التصرف المخالف بطلانا مطلقا متعلق بالنظام العام .

(الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)
(نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/١٢ ـ الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٥٢ ق)

املاك الدولة الخاصة :

الاراضي الداخلة في زمام البلاد . خروجها عن نطاق الاراضي غير المزروعة التي كان يجوز تملكها بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هي الترخيص أو التعمير . م ٨٧٤ مدني .

(الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(جلسة ٦٧/١/٢٦ س١٨ ص٢٣ ، نقض جلسة ٨٢/٢/١٥ س٣٣ ص٢٤١ ، جلسة ٦٩/٢/٢٠ س٢٠ ص٣٦٨)

أملاك الدولة الخاصة . تقسمها الي اراضي زراعيـــة وبور وصحراويـــة . مناطـــه . م ٢ق ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

الاراضي المعتبرة خارج حدود الزمام في معني المادتان ٨٧٤ مدني . تحديدها وفقا لهذا التقييم بالأراضي الصحراوية . تقدير ذلك . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

ملكية الأراضي الصحراوية م٥ ق١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بقاء قيامها طالما استندت الي عقود مسجلة او احكام سابقة على العمل بالقانون المذكور . الأراضي الصحراوية في معني القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها .هي تلك الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام .

(الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠ س٣٣ ع١ ص٥٥٤)
(نقض جلسة ٨٢/١/٢٦ س٩٣ ص١٩٢)

ملكية الأراضي الصحراوية . م٥ ق١٢٤ لسنة ١٩٥٨ . بقاء قيامها طالما استندت الي عقود مسجلة أو أحكام سابقة علي العمل بالقانون المذكور ، الأراضي الصحراوية في معني القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . ملك خاص للدولة . عدم جواز تملكها بالاستيلاء . التصرف فيها ، كيفيته . إقرار الملكيات التي اقرها القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ والسابقة علي نفاذه المستندة الي حكم المادة ٣/٨٧٤ مدني. شرطه.

(الطعن رقم ٢٤٨٧ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

تمليك المساكن الشعبية الاقتصادية والمتوسطة :

تمليك المساكن الشعبية الاقتصادية والمتوسطة التى اقامتها المحافظات اعمالا للمادة ٧٢ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بالثمن المحدد بها . اقتصاره على ما تم شغله منها قبل العمل بالقانون المذكور . قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ فيما تجاوزه بوضع ملحق ثان بقواعد تمليك ما تم شغله من هذه المساكن قبل العمل بذلك القانون . خروجه عن حدود التفويض اعتباره عديم الاثر . مؤداه العبرة بالثمن المتفق عليه دون المحدد بذلك القرار .

(الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

ملكية الاسرة :

تملك افراد أسرة مهجرى النوبة الاراضى الزراعية مناطه . المقصود بالأسرة قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ . أثره انشاء حالة جديدة من حالات ملكية الاسرة .

(الطعن رقم ١٩٥١ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٣/١٠ س ٣٤ ع١ ص ٦٧٤)

الملكية الادبية والفنية :

حــق استغلال المصنف ماليــا . للمؤلف وحده . لا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن منه أو ممن يخلفه له أن ينزل عن هذا الحق .

(الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

التعديل أو التحوير فى المصنف الفنى للمؤلف وحده أو يأذن كتابع منه . تحويل المصنف من لون الى لون آخر . بأذن المؤلف أو خلفه جواز اجراء المتعاقد الاخر تحويرا فيه حسبما تقتضيه أصول الفن فى اللون الذى حوّل اليه .

(الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

نشر الدراسـات التحليلية والاقتباسـات القصيرة التى تستهدف النقد أو المناقشة أو الاخبار . جائز بغير إذن المؤلف أو ورثته . علة ذلك اقتصار الطاعن على توضيح الملابسات السياسية والاجتماعية التى ظهر فيها المصنف وتقديم دراسة تخدم القارئ . عمل مباح . مجرد القيام به لا يعد اشتراكا فى الاعتداد على حق النشر مالم يقم دليل على أن كاتبها قد اشترط فى الاستغلال المادى للمؤلف .

مخالفة ذلك . خطأ فى القانون وفساد فى الاستدلال .

.(الطعن رقم ٢٣٦٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢

معاهدات

الاتفاق على أعمال شرط بارامونت . مؤداه . تطبيق معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن .

(الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

عدم إخطار المرسل اليه الناقل كتابة بهلاك أو تلف البضاعة قبل أو فى وقت تسليمها . أثره . اعتباره قرينة على تسليم الناقل للبضاعة بالحالة الموصوفة بها فى سند الشحن إلى أن يثبت العكس . م ٦/٣ معاهدة بروكسل .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

نزع الملكية للنفعة العامة

لجنة الفصل فى المعارضات عن تعويض نزع الملكية .اختصاصهــا . نطاقــه . الحكم الصــادر من المحكمة الابتدائية بالفصل فى قرارها . نهائى .

(الطعن رقم ١١٢١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/١٦ س٢٩ص ٢٠٣)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/١٤ س ٢٦ ص ١٢٧٢)

التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك . مصدره القانون وليس العمل غير المشروع سواء التزمت تلك الجهة الاجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية من عدمه . علة ذلك .

(الطعنان رقما ١١٤٠ ، ١١٤٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(الطعن رقم ١١٧٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٤/٤/٢٢)

المنزوع ملكيته . لا حق له فى مطالبة الجهة المستفيدة من نزع الملكية بالتعويض تقاضية التعويض يكون من إدارة نزع الملكية التابعة للهيئة للمساحة . القرار الجمهورى ٢٤٣٣ لسنة ١٩٧١ .

(الطعنان رقما ١١٤٠ ، ١١٤٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(الطعن رقم ١١٧٩ لسنة ٥٣ ق . جلسة ١٩٨٤/٤/٢٢)

التعويض عن نزع الملكية أو الاستيلاء المؤقت الا لتجاء مباشرة الى المحكمة لطلبه . شرط ذلك . أن يتم نزع الملكية أو الاستيلاء غصبا دون اتباع اجراءات القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ . الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر أثناء نظر الاستئناف . لا اثر له .

(الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٦ ق . جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)
(الطعن رقم ١٩٢٦ لسنة ٥٢ ق . جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)

أستيلاء الحكومة على عقار دون اتباع اجراءات قانون الملكية غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض . بقاء العقار على ملك صاحبه رغم الاستيلاء وثبوت حقه فى استرداده الى حين صدور مرسوم بنزع الملكية. استحالة رده أو اختياره المطالبة بالتعويض عنه .أثره . وجوب النظر فى التعويض عن الضرر كلما كان متغيرا كما صار اليه عند الحكم لاكما كان عندما وقوع أحقية المالك الى جانب ذلك فى التعويض عن عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء وحتى دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية .

(الطعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٥٤ ق . جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ س٨ص٧٨٣)
(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٣٠ س ٣٤ ص ٣٤٥)

نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة بقرار من الوزير المختص . ترتيبه آثاره القانونية من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية . عدم ايداع النماذج الموقع عليها من ذوى الشأن أو القرار الوزارى بنزع الملكية مكتب الشهر خلال سنتين من تاريخ النشر . أثره . سقوط مفعوله وزوال آثاره . اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الطعن فى قرار لجنة المعارضات اقتصاره على النظر انتهائيا فى موافقة قرار اللجنة لاحكام القانون . قضاؤها فى طلبات جديدة لم يسبق طرحها على اللجنة . جائز استئنافه طبقا للقواعد العامة .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٦ ق . جلسة ١٩٨٨١٦١٨)
(نقض جلسة ٧٨/١/١٦ س ٢٩ ص ٣ ٢)
(نقض جلسة ٧٥/١٢/٣ س ٢٦ ص ١٥٣١)

استيلاء الحكومة على عقار دون اتباع الاجراءات القانونية . غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض أثره . بقاء العقار على ملك صاحب رغم الاستيلاء وثبوت حقه فى استرداده الى حين صدور مرسوم بنزع الملكية .أستحالة رده أو اختيار المطالبة بالتعويض عنه . أثره وجوب النظر فى التعويض عن الضرر .

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٦ ق . جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)
(الطعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٥٤ ق . جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

نقل

نقل بحرى

الوكيل الملاحى للسفينة الاجنبية التى تباشر نشاطها تجاريا فى مصر . ماهيته . اعتبار مقره موطنا لمالك السفينة .

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق . جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٤ س ٣١ع١ص ٣٨٨)
(نقض جلسة ٨٦/١/١٣ . الطعن رقم١٨٩٤ لسنة ٥١ ق ، قرب نقض جلسة ٨٥/٢/٤ الطعن ٨٧١ لسنة ٤١ ق)

عدم النص في عقد أمانه السفن علي الأعمال التي يقوم بها أمين السفينة "التوكيل الملاحي"مؤداه . وجوب الرجوع الي العرف لتحديد هذه الأعمال . علة ذلك .خلو قرار وزير النقل البحري رقم ١٤٣ لسنة ١٩٧٦ بشأن عرض شركة القناة للتوكيلات الملاحية

من تحديد المركز القانوني لامين السفينة أو بيان واسعة الأعمال التي تدخل في نطاق مسئوليته . استناد الحكم المطعون فيه علي القرار لنفي صفة الوكيل الملاحي في تمثيل مجهز السفينة في شأن المسئولية التقصيرية عن الحوادث البحرية دون الرجوع الي عقد أمانة السفينة أو العرف . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(الطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٦/٣/٣١)

التسليم القانوني الذي تبدأ به مباشرة الاجراءات المنصوص عليها في المادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحري . ماهيته . تسليم الناقل للبضاعة تسليما فعليا الي المرسل اليه او من ينوب عنه بعد تمكينه من فحصها . استصدار اذن الافراج الجمركي لا يفيد بذاته تمام استلام المرسل اليه للبضاعة .

(الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

السفن الاجنبية التى تباشر نشاطا تجاريا فى مصر .لكل منها وكيل ملاحى ينوب عن صاحبها فى مباشرة كل ما يتعلق بنشاط السفينة فى مصر ويمثله فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه فيما يتعلق بهذا النشاط ويعتبر مقر هذا التوكيل موطناً لمالك السفينة . شركة القناة للتوكيلات الملاحية . قيامها بأعمال الوكالة البحرية ـ أمين السفينة وأمين الحمولة ـ بمقتضى قرار تأسيسها . عدم صدور تشريع يحدد المركز القانونى لامين السفينية ـ الوكيل الملاحى ـ أو الاعمال التى يقوم بها . أثره . وجوب الرجوع فى شأن علاقته بالغير إلى القواعد العامة فى النيابة على مقتضى ما نصت عليه المادة ١٠٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٨٩٧ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

الطرد أو الوحدة . الأساس لتحديد الحد الأقصى لمسئولية الناقل عن تعويض هلاك البضاعة أو تلفها فى معاهدة بروكسل لسندات الشحن ماهية كل منها . وصف البضاعة بأنها مما تشحن بأيهما ـ الطرد أو الوحدة ـ مرجعة نوع الشحن لانواع البضاعة .

(الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

نظام Free in and Out ° . مفاده . عدم تحمل الناقل فى مشارطة الايجار مصروفات الشحن والتفريغ ولا شأن لهذا النظام بمسئولية الناقل عن تسليم الرسالة الى المرسل اليه فى ميناء الوصول .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

نظام " تسليم تحت الشحنة " . مفاده . قيام الناقل بتسليم البضاعة مباشرة الى صاحبها تحت الروافع دون أن تدخل المخازن الجمركية وتظل فى حراسة الناقل حتى تمام تسليمها .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

نقل جوى

الطائرة مكانا عاما اثناء ارتياد الجمهور لها . فقد الشيكات السياحية فى الطائرة بسبب غير إرادى من الطاعن مؤداه احقية من عثر عليها فى إقتضاء المكافأة دون التقيد بمدى أحقية الناقل الجوى فى الرجوع عليه أو بمدى أحقية الطاعن فى الرجوع على الشركة الناقلة وبإمكان صرف الشيكات لغير صاحبها من عدمه .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

هـ

هبة

اثبات التصرفات القانونية بشهادة الشهود . م ٦٣ اثبات . مناطه . إجازة الهبة الباطلة لعيب فى الشكل بتنفيذها تنفيذا اختياريا . مؤداه . انقلابها هبة صحيحة أثره . خضوعها للقواعد العامة فى الاثبات .

(الطعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)
(نقض جلسة ١٩٧٥/٣/١٨ س٢٦ص٦٢١)

عقد البيع الذى يتدخل فيه طرف ثالث يدفع الثمن تبرعا بقصد نقل الملكية مباشرة الى المشترى . هبة غير مباشرة . المال الموهوب . العقار المبيع وليس الثمن .

(الطعن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

الرجوع فى الهبة . حالات . الهبة لذى رحم محرم ومنها هبة الوالدة لولدها . عدم جواز الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهب له . المادتان ٥٠٠ ، ٥٠٢/ هـ مدنى . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ٧٤/١٠/٢٩ س ٢٥ ص ١١٦٥)

و

وصية

قرينة المادة ٩١٧ مدنى . مناطها . احتفاظ المتصرف بحيازة العين للتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته . أثرها . نقل عبء اثبات عكسها على عاتق المتصرف إليه . لقاضى الموضوع سلطة التحقق من توافرها .

(الطعن رقم ١١٥١ لسنة ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٧ س ٣٢ ص ٥٣٩)

موضوع الدعوى . تعلقه ببحث حقيقة العقد ووصفه القانونى باعتباره بيعها متجرا أو تصرفا مضافا الى ما بعد الموت . قرينة المادة ٩١٧ مدنى . عدم تعلقه بمسائل الأحوال الشخصية . علة ذلك . النزاع حول رجوع المورث عن الوصية . لازمة تطبيق قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦ . أثره . وجوب تدخل النيابة العامة والا كان الحكم باطلا .

(الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)
(نقض جلسة ٥٩/١/١ س١٠ ص٢٥)
(نقض جلسة ٦٢/٢/٢١ س ١٣ ع٢ ص ٨٣٧)
(نقض جلسة ٦٤/٥/١٤ س ١٥ ص ٦٧٢)

عدم توافر شروط قرينة المادة ٩١٧ مدنى . لايحول دون استنباط قصد الايصاء واضافة التصرف الى ما بعد الموت من قرائن قضائية أخرى . الأخذ بظاهر نصوص عقد المورث بأنه فى حقيقته وصية . مناطه . عجز الوارث الذى يطعن عليه بالصورية النسبية عن اثبات مدعاه .مؤدى ذلك . عدم جواز الأخذ بظاهر تلك النصوص لنفى ما يقدمه الوارث من أدلة على صوريتها . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٩٨ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

الوصية المعلقة على شرط . لا ترد عليها الاجازة إذا لم يتحقق الشرط . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٥٧ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

تعلق الوصية بشرط . أثره . ثبوت ما أوصى به للموصى له متى كان الشرط صحيحا تتحقق به مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة . اعتبار الموت شرطا . مناطه . اقترانه بملابسات تجمعه غير محقق الوقوع فى نطاق هذه الملابسات . المادتان ٩١٥ مدنى و ٤ من قانون الوصية . التزام الحكم المدلول الظاهر لعبارة الوصية أن الموصية علقتها على شرط وفاتها اثناء تأديتها فريضة الحج بعيدة عن أرض الوطن . صحيح يتحقق به مصلحة الموصية .

(الطعن رقم ٢٠٥٧ لسنة ٥٢ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

الوصية ما هيتها . تصرف فى التركة مضاف الى ما بعد الموت ينشأ بارادة منفردة . انعقادها بتحقق وجود ما يدل عليها من تصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل التركة بحق من الحقوق ـ دون اشتراط شكل خاص المادة الاولى من قانون الوصية .

(الطعن رقم ١٢٢٦ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ س ٣٠ ع ١ ص ٨٩٨)

وقف

وجوب تدخل النيابة العامة فى مسائل الوقف . م١ق ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ . مناطه . تعلق النزاع بملكية جهة الوقف للعقار المبيع . غير موجب لتدخلها.

(الطعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ ق ـ جلسة١٩٨٨/٣/٢٢)
(الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٥/٣/٣١)

النزاع المتعلق بملكية جهة الوقف لأرض النزاع . عدم تعلقه بأقل الوقف أو بسائر مسائلة . مؤداه . عدم لزوم تدخل النيابة العامة فى الدعوى .م١ ق ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

(الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٧٧/١/١٨ س ٢٨ ع١ ص ٢٥٥)

وكالة

علاقة الخصوم بوكلائهم . عدم جواز تصدي المحكمة لها طالما لم ينكر صاحب الشأن وكالة وكيله.

(الطعن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٦ س٣١ ص٤١٣ ، ٧٧/١١/١٥ س٢٨ ص١٦٧٨)

عبء اثبات الوكالة ومداها .يقع علي من يدعيها.

(الطعن رقم ١٦٦٤ لسنة ٥٠ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)
(نقض جلسة ٦٩/٥/١٥ س٢٠ ص٧٨٤)

عدم النص في عقد أمانة السفن علي الاعمال التي يقوم بها أمين السفينة " التوكيل الملاحى . مؤداه .وجوب الرجوع الى العرف لتحديد هذه الاعمال . علة ذلك . خلو قرار وزير النقل البحرى رقم ١٤٣ لسنة ١٩٧٦ بشأن غرض شركة القناة للتوكيلات الملاحية من تحديد المركز القانونى لأمين السفينة أو بيان طبيعة الأعمال التى تدخل فى نطاق مسئوليته .

أستناد الحكم المطعون فيه على القرار لنفى الوكيل الملاحى البحرية دون الرجوع الى عقد أمانة السفينة أو العرف . خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(الطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٦/٣/٣١)

الوكيل الملاحى للسفينة الأجنبية التى تباشر نشاطا تجاريا فى مصر . ما هيته . اعتبار مقره موطنا لمالك السفينة .

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(الطعن رقم ١٨١٤ لسنة ٥٠ ق ـ جلسة ١٩٨٦/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٤ س ٣١ ص ٣٨٨) ، قرب نقض ١٩٨٥/٢/٤ الطعن رقم ٨٧ لسنة ٤١)

تحديد نطاق الوكالة . العبرة فيه بعبارة التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها .

(الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/٢١ س ٢٩ ص ١٥١٠)

(نقض جلسة ١٩٦٩/١١/٢٥ س ٢٠ ص ١٣٢٢)

لمحكمة النقض مراقبة محكمة الموضوع فى تكييفها للدعوى واعطائها وصفها الحق وتكيفها القانون الصحيح . طلب المطعون ضده عدم نفاذ التنازل الصادر من الوكيل تكييف ابطال التصرف للغش مجاوزة الوكيل حدود وكالته . أثره . عدم انصراف أثر للتصرف الى الموكل . للموكل إجازته أو إبطالـه .

(الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

تحديد سعة الوكالة اختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكيل . الوكالة الخاصة نطاقها . ورودها على عمل معين . شمولها توابعة ولوازمة الضرورية . خضوعها لتقدير محكمة الموضوع انتهاء الوكالة حالاته . م ٧١٤ مدنى .

(الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ٧٨/٦/٢١ س٢٩ ص ١٥١٠ ، ٨٧/٤/٢٦ الطعن رقم ١٢٥٧ لسنة ٥١ ق)

(نقض جلسة ٨٦/١٢/٢٥ الطعن رقم ٨٣٦ لسنة ٥١ ق . ٨٦/١٠/٢٢ الطعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥٢ ق)

السفن الاجنبية التى تباشر نشاطا تجاريا فى مصر . لكل منها وكيل ملاحى ينوب عن صاحبها فى مباشرة كل ما يتعلق بنشاط السفينة فى مصر ويمثله فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه فيما يتعلق بهذا النشاط ويعتبر مقر هذا التوكيل موطنا لمالك السفينة شركة القناة للتوكيلات الملاحية . قيامها باعمال الوكالة البحرية . أمين السفينة وأمين الحمولة ـ بمقتضى قرار تأسيسها عدم صدور تشريع يحدد المركز القانونى لامين السفينة ـ الوكيل الملاحى ـ أو الاعمال التى يقوم بها . أثره . وجوب الرجوع فى شأن علاقته بالغير الى القواعد العامة فى النيابـة على مقتضى ما نصت عليه المادة ١٠٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٨٩٧ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

التعرف على مدى سعة الوكالة . وجوب الرجوع فيه الى عبارة التوكيل وما جرت به نصوصه وملابسات صدوره وظروف الدعوى . عدم جواز الانحراف عن عبارة التوكيل الواضحة .

(الطعن رقم ٢١٨٠ لسنة ٥٤ ق ـ جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٠/١/٦ س ٢١ ص ٧)

المحاماة والقضاء

ينتقل المحامى من مقعد الدفاع إلى منصة القضاء دو ن أن يرتفع . وينتقل القاضى من منصة القضاء إلى مقعد الدفاع دون أن يهبط . لانهما وجهان لعملة واحدة هى العدل .

حكيم

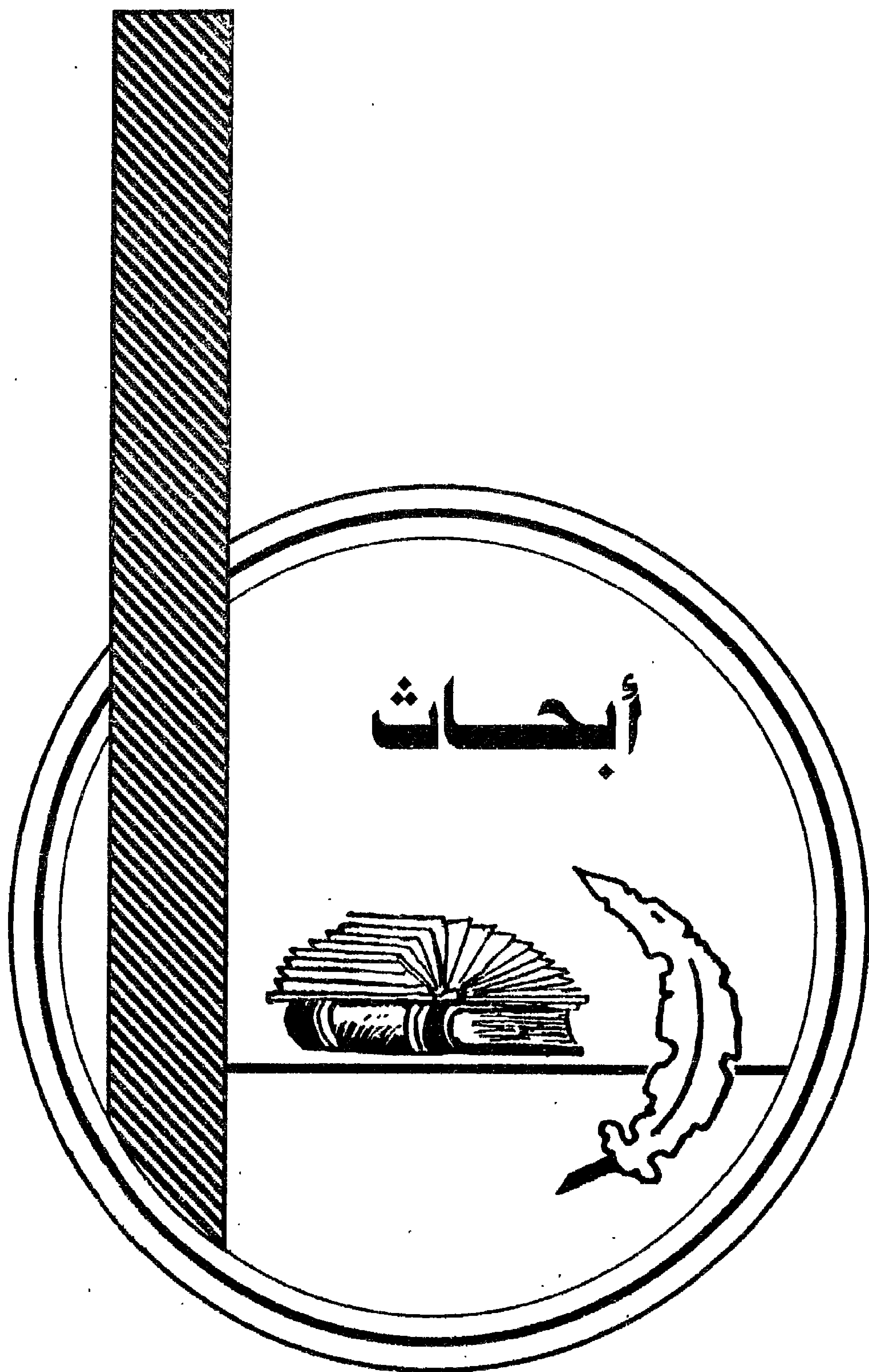
نقابة المحامين - أمانة الصندوق

تعلن للسادة الأساتذة الزملاء المتأخرين عن سداد الاشتراك السنوى حتى الآن أن يبادروا إلى السداد فوراً قبل آخر يونيو سنة ١٩٩٠ تلافيا للاستبعاد من الجدول تطبيقا للمادة ١٧٠ من القانون ١٧ سنة ١٩٨٣ ...

امين الصندوق

(أحمد عوده)

المحامى


أبحـــاث

البطالة

للسيد الاستاذ / حسن شبريه - نقيب المحامين - بالفيوم

* هى عدم وجود فرص عمل مشروعة لمن توافرت له القدرة على العمل وتسمى البطالة المجردة .

* أو عدم تحقيق الانتاج المتعين توافره وهو الغاية من العمل وتسمى البطالة المقنعة .

* كما تتحقق البطالة بانحراف العمل عن المشروعية فلا انتاج وتسمى البطالة الآثمة .

وتظهر البطالة فى ثلاث قطاعات :

١) الخريجين ٢) الحرفين

٣)من هم خارج القطاعين المذكورين وهم الاميون .

. . ولقد اوضح الرسول الكريم محمد - صلى الله عليه وسلم - المعيار الاساسى للانتاج تفاديا للبطالة حيث قال : -

(اثنان مغبون فيها كثير من الناس - الصحة - والفراغ)

- والصحة هنا : المقصود بها القدرة على العمل .

- والفراغ : المقصود به الوقت دون العمل .

. . والوقت هو رأس مال الانسان القادر والمطلوب استثماره فى العمل المشروع بما يحقق الانتاج ويمحو آثار البطالة .

(علاج البطالة)

أولا : علاج وقائى :

١) وتعالج من خلال (خطة الدولة) لكافة قطاعات العمل والمهن والحرف بالتوسع والتركيز على (العلم) . وتبدأ من المرحلة الاعدادية ثم الثانوية بالتوجيه السليم نحو توزيع الطلبة كل بحسب قدرته ومجموعه أو ميله الى القطاع التعليمى الذى يحقق له عند التخرج ضمان فرصة العمل ولان العالم كله يتجه حاليا الى اعتبار (العلم) قوة انتاجية مباشرة .

واذا كانت عناصر الانتاج قد اصبحت حاليا هى : -

* العلم * العمل * الارض * رأس المال * التنظيم :

وقد اصبحنا الان فى عصر (العلم للعلم) الذى تخصص فيه الدول الكبرى له اكبر نسبة من الدخل القومى . . فمثلا الولايات المتحدة الامريكية رصدت ما يقرب من ٨٠٪ من الدخل القومى للعلم وانتاج العمل . والاتحاد السوفيتى نسبة ٩٠٪ وسايرتها اليابان واوربا بما يستوجب علينا أن نركز اساسا على العلم لضمان الانتاج المباشر القوى لمواجهة تقدم الدول الاخرى .

٢) كما يجب وضع خطة تنمية منظمة بمعرفة الدولة لقطاعات الانتاج المهنية والحرفية فى القطاع الخاص - تتأكد بها استيعاب اكبر نسبة من الخريجين فى كافة القطاعات .

٣) وكذلك التوسع فى مجالات التعليم والتدريب المهنى والحرفى والحد من القبول فى الكليات النظرية وذلك للتوسع فى مجال الانتاج الصناعى والزراعى الذى

يتناسب وبيئتنا ، وظروفنا مع الاراضى الصحراوية الممتدة دون أستغلال .

ثانيا : أما بالنسبة لعلاج البطالة القائمة :

والذى يستهدف زيادة موارد الدولة وزيادة فرص العمل والانتاج فنرى انه يتحقق بالصور الاتية :ـ

١) **استغلال الصحارى زراعيا** خصوصا بعد ان اعلن التليفزيون علينا على لسان الدكتور رضا عزام فى الاسبوع الاول من فبراير عام ١٩٩٠ بأنه تم اكتشاف مادة كيميائية توضع على الرمال فتحولها الى ارض زراعية منتجه للفواكه دون انتظار مدة استصلاح الارض الصحراوية لمدة تتراوح من (١٠ : ١٥) سنة . . وقد تحدث الدكتور بأسم هيئة الطاقة الذرية بمصر . . وأضاف أن الاكتشاف تم بمساعدة (هيئة الفاو) التابعة للامم المتحدة وأنه مستعد لتوفير كل الامكانيات فى هذا الشان عن طريق الهيئة المذكورة . لضمان انتاج الصحراء باكبر طاقة واقل مدة زمنية .

٢) التوسع فى مجالات الاستثمار (للقطاع الخاص) وتضييق استثمارات القطاع العام . . لانه كما ثبت لدى الاقتصاديين المخلصين للدولة ـ أن الدولة تاجر سئ وصانع اسوأ . . والقطاع العام مثلاً خير شاهد على صحة ذلك . . يؤيدنا فى هذا ما ورد على لسان نواب لجنة الزراعة بمجلس الشعب من أن (شركة كيما) تحقق خسارة وصلت الى ١٥ مليون جنيه ، وذلك استنادا الى الخبر المنشور بجريدة اخبار اليوم فى ١٧ يناير ١٩٩٠ وخسارات المصانع المملوكة للدولة تؤكد ذلك فى كل يوم وأخصها مصانع الحديد والصلب والجميع يعرفها ولا تحتاج الى اكثر من ذلك .

. . وبالوجه الاخر ها هى شركات ومصانع القطاع الخاص اثبتت نجاحها لتوافر الحافز الشخصى والعلم والخبرة ، مثل شركة مصر المنوفية للغزل والنسيج ، ومجموعة شركات الشريف الصناعية والتجارية وشركات ومصانع زهران للالمونيوم . . وغيرها وغيرها . . تحت بصرنا وسمعنا .

٣)وجوب الحد من المغالاة فى الضرائب بالتقدير الجزافى على القطاع الخاص افراد أو شركات :

واساس ذلك تغليب أهتمام الدولة بالانتاج على المغالاة فى المطالبة بالضرائب .

حيث ارسى قواعد ذلك الله سبحانه وتعالى فى كتابة العزيز بقوله (هو أنشأكم من الارض واستعمركم فيها) " سورة هود الآية ٦١ " .

وهذه الآية شغلت فكر المسلمين القدامى حيث ثبت لهم ان مفهومها إنصب على عمارة الارض . . والتى تعنى فى مفهومنا الحديث بالاسلوب العلمى ـ التنمية الاقتصادية لضمان تحقق الانتاج ، ولقد جرى هذا المعنى والمطالبة بتطبيقة فى توجيه عمر بن الخطاب الى واليه فى مصر حيث أمره بالآتى : (وليكن نظرك فى عمارة الارض أبلغ من نظرك فى أستجلاب الخراج لان ذلك لا يدرك الا بالعمارة ، ومن طلب الخراج من غير عمارة أخرب البلاد) وهذا التوجيه السامى لضمان توافر الانتاج لصالح المجتمع هو الذى أوجد الرخاء والتكامل الاجتماعى بأجلى صورة فى الماضى .

أما الان فقد تحقق الخراب نتيجة الإ نكماش الاقتصادى الذى افتعله الاقتصاديون دون اخلاص للمجتمع والدولة مع زيادة جباية

الضرائب على الاشخاص الطبيعيين شركات قطاع خاص وافراد بما ترتب عليه زيادة عدد قضايا الافلاس نتيجة زيادة الضرائب وعدم توافر فرص الاستثمار للقطاع الخاص .

والدليل على ذلك قائم من واقع زيادة عدد قضايا الافلاس بالدوائر التجارية بالمحاكم على مستوى الجمهورية بصورة رهيبة - والمحلات التى أغلقت أبوابها وتلك التى توقفت عن مزاولة نشاطها - والكساد الرهيب الذى نعيشه حاليا والذى اضطر الجميع الي التقسيط سواء كانوا قطاع عام او خاص بيعا وشراء . وهو ما يؤدي بالقطع الي الانحراف بالعمل والي ضعف الانتاج . ومن الانتاج المشروع الي الانتاج غير المشروع بقصد الكسب السريع لمواجهة الحياة بمادياتها الرهيبة وهو ما يحقق البطالة الآثمة .

.. لذلك نجد عمر بن الخطاب وجه تعاليمه علاجا لذلك الي أحد ولاة الاقاليم يسأله (ماذا تفعل إذا جاءك سارق؟) .. فأجاب : أقطع يده .. فرد عليه عمر بقوله :-

(واذن فان جائني منهم جائع أو عاطل فسوف أقطع يدك)

(ان الله سبحانه وتعالي استخلفنا علي عباده لنسد جوعتهم ونستر عورتهم ونوفر لهم حرفتهم - فاذا أعطيناهم - هذه النعم /تقاضيناهم شكرها - يا هذا إن الله خلق الأيدي لتعمل فإذا لم تجد في الطاعة عملا إلتمست في المعصية أعمالا - فأشغلها بالطاعة قبل أن تشغلك بالمعصية) .

النتيجة من ذلك :

إنه اذا لم نحد من المغالاة في الضرائب سيتحقق الجوع والانحراف الى الجريمة وقد تأكد ذلك حالياً على لسان (فيلى برانت) رئيس الدولية الاشتراكية حيث ورد بجريدة الاهرام عدد ١٩٩٠/١/١٨ ما نصه : (ان محاربة الجوع والعمل لا يكون الا باقامة عدالة اجتماعية فى العالم وسيكون من أهم الاولويات التى يجب مواجهتها فى حقبة التسعينات) .

واضاف فى كلمته امام المؤتمر الدولي للحوار بين الشمال والجنوب الذى افتتح فى " بون " يوم ١٩٩٠/١/١٦ - إن التطور الاقتصادي والاجتماعى فى دول العالم الثالث لن يتحقق الا بعد ايجاد حل لمشكلة الديون الخارجية التى تعانى منها هذه الدول .

٤) النظر فى اعادة توزيع الاراضى الصحراوية والقابلة للاستصلاح التى حصلت عليها الجمعيات التى لم تحقق غايتها والغرض من انشائها - وذلك لتوزيعها على الخريجين والراغبين فى الانتاج الزراعى ممن حرموا من فرصة العمل . . حيث ظهرت جمعيات لبعض اعضاء الهيئات الحكومية وجمعيات القطاع الخاص أتخذوها وسيلة للاتجار - بما رفع سعرها الحقيقى على صاحب الفرصة فى استثمارها وتعطل باسلوبهم الانتاج وحرم القادر على العمل من فرصة العمل بها .

.. وعلاج ذلك بنزع ملكية هذه الاراضى او إلغاء التخصيص لها ما دام قد مضى عليها ثلاث سنوات دون زراعتها أو استغلالها بمعرفة من خصصت لهم وذلك استنادا الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنوات) صدق الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم .

٥)إستشارة "اصحاب الملايين"

الذين تزخربهم مصر فى استغلال أموالهم فى مشروعات

استثمارية صناعية زراعية من خلال القطاع الخاص بما يستوعب أعداداً كبيرة من الخريجين يتحقق بها الانتاج لصالح الفرد والمجتمع والدولة . . وذلك عن طريق :

(الاذاعة * التليفزيون * الصحف) . مع تضييق نطاق الاستثمار فى مجال القطاع العام بالقدر الذى لا تتحقق به خسائر مع منح (مزايا ادبية) و(جوائز تقديرية) للمشروعات المتميزة فى استيعاب اكبر الاعداد من العاملين وتحقيق الانتاج الاكثر جودة ـ

. . والتوسع فى الاستثمارات الصناعية والزراعية : سيحد من مشكلة التضخم التى نتج عنها تدهور قيمة النقود والتى ترتبت عليها رفع قيمة التكاليف وزيادة الاسعار والتى ظهرت على ضوء هذه العناصر مشكلة البطالة

٦) فرض ضرائب عالية على المشروعات الغير مجدية :

. . والتى تحقق باستثماراتها البطالة الجزئية مثل السينما ومحلات الخمور والملاهى الليلية وصالات الرقص اذ يجب أن تكون تكاليف الفساد فى هذه اكثر من تكاليف المنافع حيث تخفى (البطالة الآثمة) التى تتوافر عن سبيلها .

٧) كفالة خريجي مراكز التدريب المهنى :

. . بجعل مؤهل المركز بعد فترة التدريب أساس لممارسة المهنة لحماية العمل المهنى فى مجالاته التخصصية المختلفة .

. . واعداد جداول لقيد الخريجين فى مجال كل مهنة لمعرفة العاملين منهم من غيرهم

. . وتكوين روابط اجتماعية ونقابات مهنية لامكان حماية تشغيلهم ورفع مستواهم .

. . مع تيسير منح تراخيص العمل المهنى ـ لوفرة الانتاج ـ وتفادى الرشوه وتحقيق عائد للضرائب .

٨) الغاء القيود الشكلية على سفر الموظفين للخارج :

كالغاء إشتراط تقديم عقد العمل ـ وتيسير الاجازات بدون مرتب للعمل بالخارج

٩) منع الموظفين المعارين من العودة لوظيفتهم :

اذ باعاراته سيتوفر له عائد مالى يتمكن من توجيه استثماره عند عودته بما يحقق الانتاج ويوفر للكثير فرص عمل لدية كما انه بانتهاء اعارته سيحل محل شخص محروم من فرصة العمل .

١٠) خفض الفترة الزمنية التى يحصل الموظف بموجبها على معاش : بقضائها فى الخدمة بتخفيضها الى خمسة عشر عاما بدلا من عشرين سنة كما يجرى فى دولة العراق وذلك لتخلى اعداد كثيرة عن فرص وظائفها ليشغلها آخرون بدلهم ليس لهم عمل .

١١) الزكاه : أن الزكاة فرضها الله سبحانه وتعالى على البشريه جمعاء بقوله تعالى : (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) صدق الله العظيم .

وهى مفروضة على من ملك نصابها وحال عليه الحول ـ وعندما التزم المسلمون بحق الفقراء عليهم فى أموالهم عاش المجتمع الاسلامى خلال التاريخ فى رضاء. لدرجة أنه فى عهد عمر بن عبد العزيز لم يجد من يستحق الزكاة ـ وعلى ذلك يكون الأمر مناطه " نظام جمع الزكاة وكفالة توزيعها " وهو واجب على الدولة يجب أن تسن له التشريع الذى يحمى غير الاغنياء من الفقر والبطالة لبناء مجتمع قائم الكفاية والعدل .

١٢) ومن الظواهر الغير خافية على احد ظاهرة البطالة بين كثير من المحامين لسوء الحالة الاقتصادية التى تعم البلاد بما ادى الى ضعف دخل المحامى بما يستلزم بالضرورة المعالجة الواجبة بمنح فرص مزاولة المهنة للاشخاص الغير قادرين على توكيل محام عن طريق رعاية الدولة لهؤلاء وذلك باسلوب ندب المحامين للمرافعة فى الجنح المعاقب عليها بالحبس وبعض القضايا المدنية التى فى حدود النصاب للمحاكم الجزئية وتحتاج فى أهميتها للمرافعة القانونية أسوة بندب المحامين فى قضايا الجنايات وكذلك الزام كل جمعية تعاونية زراعية أو استهلاكية أو انتاجية أو متعددة الاغراض وكذلك الجمعيات المشتركة والمركزية بان يكون لكل منها محاما لقضاياها وكمستشار قانونى خصوصا والملاحظ أن الجمعية الزراعية تعتبر طرفا فى كافة القضايا الناشئة عن تطبيق احكام قانون الاصلاح الزراعى بين الملاك والمستاجرين وأن فى تخصيص محام لكل جمعية نوع من حماية العمل القانونى التى تزاوله الجمعية فى كافة صوره سواء فى القضايا أو الخلافات الداخلية أو سير العمل بها .

١٣) التوسع فى المشروعات السياحية :

أن السياحة مجال استثمارى خصب على المستوى العام والمحلى خاصة . . خصوصا بالفيوم مناطق هامة لم تمتد اليها يد السياحة حتى الان وأخصها : ـ

* الساحل الشمالى لبحيرة قارون

* منطقة وادى الريان .

* منطقة قصر قارون .

. . وقصور استثمار هذه المناطق جعل السائح الاجنبى والمحلى سياحته قصيرة بالمحافظة فى حين لو اتجهت المشاريع السياحية لهذه المناطق لامتد البرنامج السياحى سواء كان عالميا أو محليا لاكثر من يوم بما يتوافر به زيادة الانتاج سواء القومى أو المحلى .

أ) . . وأقترح انشاء معهد سياحى متوسط بمحافظة الفيوم سنة أو سنتين لقبول الحاصلين على المؤهلات المتوسطة يدرسون فيه جميع المعالم السياحية بالمحافظة تاريخيا وجغرافيا وعلميا وسياسيا واقتصاديا . . كما يدرسون اللغتين الفرنسية والانجليزيه وذلك لتكوين كوادر قادرة على اداء رسالة السياحة بالمحافظة فى كافة قطاعات الفنادق والمطاعم والكازينوهات والمشاريع الاستثمارية السياحية التى تقرر انشاؤها مع الدول الاجنبية ليكون الاكتفاء ذاتيا بما يضمن الاستقرار .

ب) . . كما اقترح انشاء مركز تدريب على المنتجات الخاصة بالسياحة مثل منتجات خان الخليلى النحاسية والرخامية والخزفية لتيسير تداولها باسعار مناسبة عن طريق موردين مهرة من القاهرة ومدرسين لهم تخصص علمى فى هذه المجالات .

١٤) التنمية الروحية والاخلاقية للانسان :

واذا كانت البطالة بكافة صورها وما تقدم من الاقتراحات هى لمحاولة معالجتها والتغلب عليها فان القضاء عليها لن يتحقق بصورته المرجوة الا اذا كانت رسالتنا أساساً هى معالجة ذات الانسان ابتداء ـ لأن الانسان هو صاحب الطاقة والقدرة على العمل والانتاج .

. . فهو وسيلة التنمية الاقتصادية وغايتها التى تمحى بها صورة البطالة ولكى نصل الى هذا

الهدف فان ذلك لا يتحقق الا بتنمية الناس فى البداية روحيا واخلاقيا .

.. لهذا جاءت تعاليم الدين الاسلامى تحث على العمل والانتاج بل لقد رفع الاسلام العمل الى مستوى العبادة حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(من بات كالاً من عمل يده بات مغفورا له .. كما قال الله تعالى :

(وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وتردون الى عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون) صدق الله العظم

ويجب ان يبدو فى أذهاننا واضحا أثر الايمان والتقوى فى إعادة فاعلية الانسان وفى رعاية واستمرار تلك الفاعلية فى مجال العمل والانتاج والسمو بالانتاج الى أعلى درجات كماله بعيداً عن البطالة بانواعها المتعددة .. لان الايمان والتقوى ليس معناها السلبية أو التواكلية ـ لا ـ بل هى الإنماء لسلوك الانسان ليكون إنسانا حضاريا يتجاوز بالصبر والعمل والمجاهدة ظروف الحياة القاسية ـ فالواقع المادى للانسان مرتبط كاملا بحياته النفسية والروحيــة الايمانيــة مصداقــا لقوله تعالى : ـ

(ولو ان اهــل القــرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والارض) الاعراف ٨٦ فالامر يستلزم ألا نترك أنفسنا لواقعنا المادي البحت بل يجب أن يمتزج واقعنا المادي بواقع روحى طبقا لما امر به الله ونهى عنه وعندئذ سيتغير حالنا الى أحسن حال وتختفى البطالة ويتحقق الانتاج ويعم الرخـاء مصداقـا لقولـه تعالى:

(لا يغير الله ما بقوم حتى يغيروا ما بانفسهم) . صدق الله العظيم)

.. هذا ما رأيت أن أضعه تحت نظر حضراتكم فى المشكلة التى يعانيها مجتمعنا اليوم منذ بداية الثمانينات ألا وهى مشكلة البطالة ومؤشرات علاجها .

.. وارجــو مــن الله أن يلهمنى وايــاكم التوفيــق والســداد لحلــول حاســمة لرفــع مســتوى الفـرد والمجتمع فى ظل حياة افضل روحيا وماديا

والله الموفق

عظمة المحاماة

إن المحاماة تسمو إلى أعلى درجات الرفعة دون أن تفقد شيئا من حرياتها الأصلية . إنها تستطيع أن تجعل من الإنسان رجلا نبيلا دون نظر إلى مولد . وثريا دون مال . ورفيعا دون ألقاب . وسعيدا دون حاجة إلى ثروة .

ديبان : نقيب المحامين بفرنسا الاسبق

أركان الحسبة

للسيد الأستاذ / بدرت نوال محمد بدير - المحامي بالنقض

المادة التي منها أسم الحسبة تدل علي الاحصاء والعد . يقال حسبت المال أحسبه حسبا وحسبه وحسبانا ، وعن هذا استعمل اسم الحسب بمعني ما يعد من المآثر إذ كان العرب إذا تفاضروا حسب كل منهم مناقبه ومآثر قبيلته .

وكذلك قيل احتسب أجره عند الله بمعني ادخره عنده ، ومعني ذلك أنه اعتده فيما يدخر له ويجزي عليه . أو لان الله سبحانه وتعالي يحصي له ما تقدم من عمل صالح فيجزيه به ، والاسم من ذلك الحسبة .

فالحسبة عند الفقهاء أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن منكر ظهر فعله ، إذا أن القيام بذلك يجب أن يكون مما يحتسبه فاعله عند الله سبحانه وتعالي لا لرياء ولا لسمعة ولا لاظهار علو أو كبرياء . وعلي ذلك كانت الحسبة هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

شرعها : والحسبة بمعني الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرضها الله علي عباده في كتابه ، فأمر بها وخص علي القيام بها بأساليب مختلفة ، فكان اختلاف الأساليب وتعددها دليل ظهور فرضيتها وارتفاعها في المكانة الي مصاف الفروض التي قام الاسلام عليها .

أمر بها صراحة في قوله تعالي: " ولتكن منكم أمة يدعون الي الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " " آل عمران ١٠٤ " . ومعناه كونوا امة تدعو الي الخير وتأمر بالمعروف وتنهي عن المنكر إذ في ذلك فلاحكم . وعلي ذلك تكون " من " في " منكم " للبيان .

حكمها : حكمها الوجوب فهي فرض ، وقد اتفق العلماء علي أنها من فروض الكفاية إذا قام بها بعض الأمة سقط الطلب عن باقيها . إذ أن الآيات لا تدل إلا علي وجوبها علي الأمة في مجموعها بوصف أنها أمة ، وذلك ما يتحقق بقيام طائفة منها بذلك وإقرار باقيها عليه وهو ما يدل عليه قوله تعالي : " ولتكن منكم أمة " الآية إذا كانت من للتبعيض . وهذا هو المعني الذي يتسق ويتفق مع حال الأمم من وجود أفراد يستطيعون القيام بها وآخرين لا يستطيعونه لأسباب شتي . ووجوبها علي الكفاية لا ينفي أنها انما تجب علي القادر عليها وأنه كلما كانت المقدرة عليها أعظم كان وجوبها أكبر وأوثق ، حتي أنها لتصير فرض عين علي أناس بحكم مناصبهم ، كأولي الأمر من الخلفاء والأمراء والحكام ومن ينصب لذلك .

حكمة شرع الحسبة : إذا ترك كل شخص وهواه فأتي من الأفعال ما يبغي وقصد الي ما يشتهي دون حدود لا يتعداها وقيود لا يتجاوزها فلم يؤخذ علي أيدي الظالمين ولم يمنع اعتداء المعتدين ولم يقض علي دجل الدجالين ولم يكن للخير داع ولا للمنكر رادع ، ولا للشر زاجر ، عمت الفوضى

وساءت الحال واضطرب الأمر وشاعت الضلالة واستشري الفساد.

ولمنع هذا شرعت الديانات وقامت النبوات وظهرت الرسالات آمرة بالمعروف ناهية عن المنكر ليكون الأمن والسلام والاستقرار والنظام وصلاح العباد والنجاة من العذاب قال تعالي: " فلما نسوا ما ذكروا به أنجينا الذين ينهون عن السوء وأخذنا الذين ظلموا بعذاب بئس بما كانوا يفسقون " .

ومن هذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر سبيل النبيين والمرسلين وطريق المرشدين الصادقين ومنهاج الهادين الصالحين وكان أمرا واجبا وشريعة ضرورية ومذهبا واجبا سواء في ذلك أسميت بهذا الاسم أو باسم آخر كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر .وقد سارت بسببها هذه الأمة خير أمة أخرجت للناس . قال الله تعالي : " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله . "

وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه خطب الناس فقال : " أيها الناس أنكم تقرءون قوله تعالي "يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل اذا اهتديتم " . فتضعونه في غير موضعه ، واني سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول : " إن الناس إذا رأوا المنكر فلم يغيروه أوشك أن يعمهم الله بعقاب منه " . رواه أبو داود والترمذي .

وجاء في حديث آخر أن المعصية إذا أخفيت لم تضر إلا صاحبها وإذا ظهرت فلم تنكر ضرت العامة . وفي هذا المعني ماروي عن النعمان بن بشير قال : " قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : مثل المداهن في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا في سفينة فصار بعضهم في أسفلها وبعضهم في أعلاها ، فكان الذي في أسفلها يمر بالماء علي الذين في أعلاها فتأذوا به فأخذ فأسا فجعل ينقر أسفل السفينة فأتوه ، فقالوا ما لك ؟ قال تأذيتم ولابد لي من الماء . فان أخذوا علي يديه الماء أنجوه وأنجوا أنفسهم وان تركوه أهلكوه وأهلكوا أنفسهم .

طبيعتها ومكانها : لما كانت الحسبة أمرا بمعروف ونهيا عن منكر اقتضت ان يكون لصاحبها ولاية . ذلك لأن كلا من الأمر والنهي لايصدر إلا عن ولاية وإلا ما استوجب سمعا ولا طاعة .

والحسبة انما شرعت طريقا للارشاد والهداية وتوجيه المأمور الي ما فيه خيره وخير مجتمعه وتحويله ومنعه عما يضره أو يضر غيره وذلك بطاعته المرجوة . وحين يصدر الأمر أو النهي من غير ولاية لا يؤبه له ويكون لغوا من القول لا يؤدي الي الغرض من الحسبة ولا الي الحكمة من شرعها . والولاية التي يصدر عنها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولاية شرعية أضفاها الشارع علي كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها ولذا كانت ثابته لكل مكلف لا فرق بين حر وعبد وحاكم ومحكوم .

ويدل علي ثبوت هذه الولاية لمن طلبت منه الحسبة قوله صلي الله عليه وسلم " من رأي منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان " .

وقوله صلي الله عليه وسلم : " من أمر بمعروف ونهي عن منكر فهو خليفة الله في أرضه "

غير أن ولاية الخليفة أو الحاكم تنتظمها بحكم أنها ولاية عامة ولذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالنسبة اليهما فرض عين ، كما أنه فرض عين كذلك بالنسبة

الي من يولي ذلك من قبل الخلفاء أو الأمراء بحكم منصبه ووجوب قيامه به ، وكانت الحسبة بناء علي ذلك تكليفا من جهة الشارع بطلب أداؤه من القادر عليه دون العاجز إذ لا تكليف إلا بمقدور .

والولاية في الحسبة نوعان : ولاية أصلية مستحدثة من الشارع وهي الولاية التي اقتضاها التكليف بها لتثبت لكل من طلبت منه .

وولاية مستمدة وهي الولاية التي يستمدها من عهد اليه من ذلك من الخليفة أو الأمير وهو المحتسب وعلي ذلك يري أنه يجمع بين الولايتين جميعا لأنه مكلف بها شخصيا من جهة الشارع ومكلف بها كذلك من قبل من له الأمر .

أما غيره من الناس فليس له من ذلك الا الولاية التي أضفاها الشـــارع عليـه وهي الولاية الأصليـة .

والولاية الأصلية كما تتضمن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر علي وجه الطلب مباشرة تتضمن كذلك القيام بما يؤدي الي إجتناب المنكر لا علي وجه الطلب بل علي وجه الادعاء والاستعداء وذلك يكون بالتقدم الي القاضي بالدعوي أو بالشهادة لديه أو باستعداء الي المحتسب أو والي المظالـم .

وتسمي الدعوي لدي القاضي بطلب الحكم بازالة المنكر " دعوي حسبة " ولا تكون الا فيما هو حق الله ، وعندئذ يكون مدعيها بالحق وشاهدا به في وقت واحد ليكون مدعي حسبه وشاهد حسبه . لأنه إن كان ممن عاين المنكر وشاهده كان شاهد حسبة وشهادته مقبوله بدون دعوي أخري تتقدمها وكان قوله حينئذ شهادة لا دعوي . وان لم يشاهده ولكن أخبر به لم تكن دعواه دعوي حقيقية تستوجب إحضار لخصم وسؤالا وتحقيقا عند الانكار ويتوقف عليها قبول شهادة من جاء للشهادة به حسبة . ، ذلك لأن الشهادة به حسبة لا يتوقف قبولها علي دعوي ، واذا يخرج الادعاء بها عن أن يكون ادعاء ملزما للغير ولم يكن الا مجرد إخبار للقاضي بما حدث من أمر منكر لا يترتب عليه إجراء منه وليس له بناء علي هذا الاخبار ان يقوم بتجسس أو تحر لأن وظيفة القاضي تنحصر في الفصل فيما يرفع اليه من المنازعات التي تطرح عليه ولا تتعدي ذلك الي التحري وبث العيون والمواضع التي اتفقوا علي قبول الشهادة فيها حسبة هي: الطلاق والنكاح وعتق الأمة والحدود عدا حد السرقة والقذف وحرمة المصاهرة وحرمة الرضاع والخلع ، فمن رأي رجلا يعيش مع إمرأة بعد أن طلقها ثلاثا مثلا وجب عليه أن يرفع الأمر الي القاضي ويشهد عنده بذلك ليفرق القاضي بينهما .

* ومن رأي رجلا يعيش مع ابنة أخيه ويعاشرها معاشرة الأزواج وجب عليه أن يرفع الأمر الي القاضي ويشهد عنده بما رأي ، وهكذا .

ومن الواضح أن المواضع التي نص الفقهاء علي قبول الشهادة فيها حسبة ما اذا احدث انسان في الطريق العام ما تضيق به سعته من انشاء حانوت أو اقامة بناء ، فان حق المخاصمة في ازالة هذا بعد حدوثه أو عند الشروع فيه حق لله تعالي لعمومه فيقوم بالشهادة فيه أي إنسان أمام القضاء إذا اضر ذلك بالطريق وكذلك إذا لم يضر ولم تكن إقامته باذن ولي الأمر .

والحسبة ولاية شرعية ووظيفة دينية تلي في المرتبة وظيفة القضاء إذ أن ولايات رفع المظالم

علي العموم ثلاث ، أسماها وأقواها ولاية المظالم ، ويليها ولاية القضاء ويليها ولاية الحسبة ذلك لأن ولاية المظالم كما قال ، الموردي تقوم علي التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة ولذا يقوم بها من كان جليل القدر عظيم الهيبة ظاهر الحكمة قليل الطمع كثير الورع فان قيامه بعمله هذا يحتاج الي سطوة الحماة وثبت القضاء . فوجب أن يجتمع فيه صفاتهما ، ولذا كان من سلطانه تنفيذ ما لم ينفذ من أحكام القضاة لعجزهم عن تنفيذه وضعفهم عن انفاذه ، والنظر فيما عجز عنه المحتسب من ردع ذوي القوة والسلطان .

أما ولاية القضاء فمجالها الفصل بين الناس في المنازعات التي ترفع الي القضاة وذلك بناء علي ما يرفع اليهم من دعاوي وبينات وما يسمعونه من مرافعات

وأما ولاية الحسبة فهي تقصر عن ولاية القضاء في إنشاء الأحكام إذ أن مجالها النظر في الأمر بمعروف ترك والنهي عن منكر يفعل دون حاجة الي دعوي ترفع وبينات تفرض وأيمان تطلب ، وليست الحدود بين هذه الولايات وما تتناوله حدودا شرعية مرسومة عني الفقهاء بوضعها وضبطها علي وجة يمتنع معه التدخل والتنازع بينها ، فكان الفصل بينها بسبب ذلك دقيقا والتمييز بين اختصاص كل منها في بعض الأحوال عسيرا ، وكان المرجع في ذلك علي العموم ما تحويه مراسيم التولية في كل منها من بيان وتفصيل ، إذ لولي الأمر - بما له من الولاية التامة - أن يجمع بينها فيجعلها لشخص واحد ، وأن يفرق حسبما يري فينصب لكل ولاية من يقوم بها ، وقد يضم الي والي الحسبة بعض ما يكون لوالي المظالم أو للقاضي وبالعكس ، ويختلف ذلك باختلاف البلاد والأزمـــان .

وعلي الجملة فان ولاية الحسبة تتفق مع ولاية القضاء في بعض المسائل وتقصر عنها في بعضها الآخر وتزيد عليها في مسائل أخـــري .

ذلك أنها تتفق معها في جواز الاستعداء الي القائم بها والادعاء أمامه في ثلاثة أنواع من الدعاوي التي تتعلق بحقوق الأفراد وهي :

١- ما يتعلق منها ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن

٢- ما يتعلق منها بغبن أو تدليس .

٣- ما يتعلق منها بمطل أو تأخير لأداء دين مع القدرة علي الوفاء . وذلك بالزام المدعي عليه بالخروج من الحق الذي عليه وتبرئه نفسه وزمته منه بالوفاء وليس له ذلك في كل حق . وانما يختص ذلك بالحقوق التي جازله سماع الدعوي فيها اذا وجبت بالاقرار مع القدرة ، أو بالحقوق التي وجبت بأحكام القضاء مع القدرة علي الوفاء .

وموضوع الحسبة يتناول الالزام بالحقوق والمعاونه علي استيفائها وليس لواليها أن يتجاوز ذلك فيها الي الحكم الناجز الفاصل عند قيام المنازعة ونفاذ الحق فيها .

وهي تقصر عنها في عدم تناولها لأية دعوي خارجة عن نطاق المنكرات الظاهرة ، فلا يختص والي الحسبة بسماع شيء من الدعاوي في العقود والمعاملات وغيرها من الحقوق الداخلة في هذا النطاق ، وليس له أن يتعرض للحكم فيها إلا أن يرد ذلك في مرسوم ولايته فيكون عندئذ بهذا جامعا بين ولاية الحسبة وولاية القضاء في ذلك .

كما أنها تقصر عنها أيضا في عدم تناولها للدعاوي التي تدخل

في هذا النطاق اذا دخلها التجاحد والتناكر فأنكر الحق ، ذلك لأن الحكم فيها يتوقف علي سماع البينة أو توجيه اليمين ، والمحتسب لا يجوز له أن يسمع شهادة علي إثبات حق ولا أن يوجه يمينا علي نفيه . وانما ذلك الي من عهد اليه في القضاء . والي ما تقدم يري أنها تزيد عليها في أنها تتناول بعض ما لا تتناوله ولاية القضاء اذ لوالي الحسبة أن ينظر فيما عليه الناس ، فان تركوا معروفا أمرهم به وان رآهم علي منكر نهاهم عنه وان لم يرتفع اليه في ذلك خصم ولم يستعده مستعد ـ وليس للقاض في ذلك إلا أن يكون هناك حق فيطلبه صاحبه ويرفع اليه دعواه به ، وخروجه عن ذلك تجاوز لولايتـــه .

ذلك ما بين الحسبة وولاية القضاء أما ما بينها وبين ولاية المظالم فهي تشبهها في أنها تقوم علي سلاطة السلطة وقوة الصرامة وجواز التعرض لأسباب المصالح العامة والتطلع الي إنكار العدوان الظاهر وتفترق عنها ولاية المظالم في أنها تتناول ما يعجز عنه القضاء بخلافها ، ذلك لأنها إنما شرعت ووضعت لما رقه عنه القضاء افساحا لوقته وتيسيرا لأمره ولذا كانت ولاية المظالم أرفع الولايات الثلاث كما أن والي الحسبة لا يجوز له الحكم في منازعة بين متخاصمين علي ماقدمنا ، بينما قد يجوز لذلك لوالي المظالم وذلك فيما يجل أمره ويعظم خطره لسبب من الأسباب كالتفاوت العظيم بين المتخاصمين في الجاه أو المكانة والسلطان والخطر العظيم لموضوع النزاع ونحو ذلك

أركانها : يتناول النظر في أركانها النظر في أربعة أمور .من يقوم بها وهو المحتسب ـ عمله ـ موضوعها ـ من يكون معه الاحتساب .

ا ـ المحتسب : شاع إطلاق اسم المحتسب علي والي الحسبة الذي يعينه ولي الأمر للقيام بها وإن دل لغة علي كل من أتي عملا حسبة.

ويطلق الفقهاء اسم المتطوع بالحسبة علي من يقوم بها دون تعيين ولي الأمـر ، غير ان هذا لا يتسق مع وجوب ذلك عليه ديانه ، والأفضل أن يطلق علي المعين والي الحسبة وعلي غيره اسم المحتسب .

والاحتساب في شرعه من أهم ما يقوم به ولي الأمر خليفة أو سلطانا أو أميرا أو حاكما لقدرته وعموم ولايته ودخوله في مهام ولايته وهو من أهم وسائلها الي الاصلاح والمحافظة علي الحقوق وصيانتها وإقامة شعائر الدين .

غير أن كثرة واجبات ولي الأمر وتعدد ما يطلب وتنوع ما يقدم به يدعوه دائما الي الاستعانة بغيره من الأعوان والعمال والموظفين فكان أن عهد بالحسبة ومهامها الي غيره من الرجال الصالحين الاقوياء الامناء ليكفوه مئونة القيام بها ، وهم ولاة الحسبة أو المحتسبون .

والفرق بينهم وبين غيرهم من المحتسبين من عدة نواح :

أولا : أن قيامهم بالحسبة فرض عين عليهم بحكم ولايتهم وأنهم منصوبون للاستعداء فيما يجب انكاره ، فكانت استجابتهم اليه واجبه ، بينما يري أن غيرهم لا يجب عليه إجابة من استعداهم الا عند الضرورة .

ثانيا : أنه يجوز لهم أن يبحثوا ويتحروا في سبيل الوصول الي المنكرات الظاهرة لتتبعها بالانكار والمنع ، كما يجب عليهم ملاحظة ما يترك من معروف ليأمروا تاركه باقامته ، وليس ذلك بواجب علي غيرهم

ثالثا : إن لهم أن يتخذوا في

سبيل ذلك أعوانا لعجزهم عن أن يقوموا بها منفردين وهم مع اتخاذ الأعوان أقوي وأقدر وأنجح .

رابعا : أنه يجوز لهم للوصول الي تحقيق مهمتهم أن يعزروا مما يرون من لوم أوتعنيف او حبس بشرط ألايصل تعزيرهم علي الجريمة ما قدر لها شرعا من حد .

خامسا : يجوز أن يقدر لهم رزق من بيت المال ولهم أن يجتهدوا رأيهم فيما يتعلق بما يقضى به العرف وتوجيه التقاليد المألوفة فى مثل المقاعد في الأسواق والطرقات وإخراج الاجنحة وما الي ذلك بما نقضي مراعاته الي عدم الاضرار بالمارة والسابلة وأرباب المصالح في ذلك .

شروط والي الحسبة أو المحتسب : يشترط فيمن يلي الحسبة أن يكون مكلفا مسلما عالما بالمنكرات الظاهرة ذا رأي وصرامة في الدين ، فلا يجوز أن تسند لغير مكلف إذ لا يلزمه أمر ولا يتوجه اليه طلب ، ولكن يجوز للصبي المميز أن ينكر ما عرف من المنكر لأن هذا ضرب من العبادة وهو من أهلها .

وكذلك لا يجوز أن تسند لغير مسلم لأنها ضرب من الولاية ولا ولاية الكافر على مسلم وألا تسند إلي جاهل بالمنكرات حتى لا يأمر بمنكر ولا ينهى عن معروف .

وألا تسند إلى من عرف بعدم الاستمساك بأمور الدين وباللين فى القول مع العصاة وأرباب الشرور حتى يكون قادراً على تحقيق ما يرجى من حسبته .

وقد أختلف فى اشتراط عدالته فاشترطها فريق من الفقهاء فيمن يقوم بالاحتساب ولم يجعل للفاسق أن يأمر بمعروف أو ينهى عن منكر مستدلين بما فى قوله تعالى : « أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم وأنتم تتلون الكتاب أفلا تعقلون » .

ولم يشترطها جمهور الفقهاء والمحققون منهم وهو القول الحق ، إذ أن اشتراط العدالة فى المحتسب على وجه العموم يعد حظراً فيما هو واجب وتضييقا فيما هو موسع وقد يكون الفاجر الفاسق مطاع مسموع الكلمة بما له من قوة وبطش ومهابة فيكون لاحتسابه الثمرة المرجوة والمصلحة المطلوبة . بينما يرى أن من الأتقياء الصلحاء من لا يقابل احتسابه إلا بالسخرية والاعراض فلا يكون من وراء ذلك إلا الإثم يقترفه المأمور أو المنهى بأعراضه عما يأمر به الدين ،وليس مثل من يمنع الفاسق من أن يأمر بمعروف وينهى عن المنكر إلا مثل من يطلب إلى مقترف معصيةأن يقترف معصيته أخرى ، ومن يمنع العاصى من أن يأتى طاعة قد تكفر معصية .

غير إنه إذا لوحظ أن قيام المحتسب بالحسبة قد يكون بالوعظ والأرشاد والنصيحة ومثل ذلك لا يقبل عادة ممن يترك ما يأمر بـه أو يفعل ما ينهى عنه ، بل إنه ليقابل حينئذ بالاعراض والتوبيخ فلا يكون لاحتسابه فائدة فأنه فى هذه الحالة يقسط عنه الاحتساب بالعظة والأرشاد لانتفاء الفائدة وعدم توقعها .

وعليه لا يطلب الاحتساب بالموعظة والأرشاد إلا ممن يفعل ما يأمر به ويترك ما ينهى عنه . أما إذا كان الاحتساب بغير ذلك من الأخذ بالقوة والزجر فليس يشترط له إلا القدرة إذ أن الله سبحانه وتعالى قد يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن .

ذلك ما يتعلق بشروط من يحتسب .

أما ما ينبغى أن يكون متحليا بـه وذلك ما يعبر عنه بآدابه فقد

ذكروا أنه إذا اجتمعت فيه خصال ثلاث فقد تم له جماع آدابه وهى : العلم والورع وحسن الخلق فأما العلم فلكى يكون على علم بمواضع الحسبة ومواقعها وحدودها ومجاريها وطرائفها ووسائل الاستماع لها ووصولها إلى القلوب حتى يكون فى أمره ونهيه على الصراط المستقيم وهو أقرب السبل إلي حصول المقصود .

وأما الورع فليكون بعيداً عما يبغضه الناس ويزهدهم فى نصحه ويدعوهم إلى تقريعه ورد إرشاده إليه وإلى الظنة به ، حتى يكون كلامه مقبولا ووعظه مرغوبا .

وأما حسن الخلق فليكون رفيقا فى عتبه لينا فى لومه جميلا فى قوله طلق الوجه سهل الخلق فإن ذلك أبلغ فى استمالة القلوب والوصول إلى النجاح المرغوب وقد قال الله تعالى لرسوله : " فبما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظا غليظ القلب لا نفضوا من حولك " . وقال لموسى وهرون " فقولا له قولا لينا لعله يتذكر أو يخشى " وقال صلى الله عليه وسلم : " إن الله رفيق يحب كل رفيق ، ويعطى على الرفق ما لا يعطى علي التعنيف " رواه ابن ماجه وقال : إذا أمرت بمعروف فليكن أمرك بالمعروف " أى بالرفق رواه البيهقى عن عبد الله بن عمرو . وليكون كذلك حليما صبوراً على الأذى إذ أن أذاه متوقع فإذا لم يحلم ولم يصبر كان ما يفسد أكثر مما يصلح . ولذا أمر بذلك لقمان ابنه فى قوله تعالى : " وأمر بالمعروف وأنه عن المنكر وأصبر على ما أصابك إن ذلك من عزم الأمور " .

موضوعها : عمل المحتسب أو والى الحسبة على العموم هو النظر فيما يتعلق بالحقوق الظاهرة وإلزام الناس بها والمعونة على استيفائها وما يتعلق بالنظام العام والآداب المرعية مما لا ينبغى لأحد المخالفة عليه أو الخروج عنه . وذلك يتحقق على الجملة فى المعروف يؤمر بفعله إذا ترك وفى المنكر ينهى عنه إذا فعل .

وينبنى على ذلك أن موضوع الحسبة هو كل منكر قائم ظاهر للمحتسب بغير تجسس ولا تحسس معلوم له من غير خلاف فيه .

وإذن فشروط ما يحتسب فيه أربعة :

الأول : أن يكون منكراً . وقد يكون هذا المنكر عملا سلبيا كترك المعروف وقد يكون إيجابيا كاتيان المنكر وفعله .

وسند ذلك قوله تعالى : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " والمعروف ما طلبه الشارع على سبيل الحتم كالواجب أو على سبيل الاستحسان كالمندوب. وكذلك يتناول ما استحسنه المسلمون مما لم يأته دليل خاص ولا يتعارض مع المبادىء الاسلامية وأغراضه وحكمه فى تشريعه من العادات والتقاليد المستحسنه . وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن " فكل ذلك يتناوله إسم المعروف ـ وعلي المسلم أن يأمر به إذا ترك لأن تركه منكر يجب أو يندب الأقلاع عنه ، وذلك على حسب ما فى طلبه من قوة .

والمنكر ما حرمه الشارع أو كرهه أو رآه المؤمنون أمراً تنفر منه نفوسهم وتضيق به مشاعرهم وإن لم ينه عنه الدين بدليل خاص به ـ وذلك مثل ان يتزيا رجل بزى النساء أو أن يمشى عارى الصدر والظهر فى الطرقات والأسواق .

الثانى : أن يكون المنكر قائما أى موجوداً لم ينصرم ولم ينته .

فإذا وقع وإنتهى لم يكن للمحتسب عند ذلك ولاية إلا العظة بعدم العودة وهى لعموم الناس ، إذ أنها ضرب من الهداية والنصح والارشاد ـ وهذا مع ملاحظة أن مقترف هذا المنكر إذا واجب عليه بسبب ذلك حد أو تعزير فليس إقامة ذلك إلى المحتسب بل إلى غيره من الولاة كالحاكم أو القاضى ولا يلى ذلك المحتسب بوصف أنه محتسب وقد يليه بصفة أخرى إذ جعل ذلك إليه

الثالث : أن يكون المنكر ظاهراً للمحتسب باديا له بدون تجسس .

فقد نهى الله عن التجسس فقال : " ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا " وقد روى عن عبد الرحمن بن عوف قال : " خرجت مع عمر ليلة بالمدينة . فبينما نحن نمشى إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤمه . فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط ، فأخذ عمر بيدى وقال أتدرى بيت من هذا ؟ قلت لا قال هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فما ترى ؟ قلت أرى أننا قد أتينا ما نهانا الله عنه إذ قال : ولا تجسسوا " فرجع عمر وتركهم .

وعلى ذلك فليس للمحتسب أن يتعرض لمن أغلق باب داره واستتر بحوائطها إلا أن يظهر من الدار من الأمارات والاثار ما يدل ظاهراً على حدوث المنكر بها كأصوات استغاثة أو أصوات منكرة للسكارى بالكلمات المألوفة بينهم بحيث يسمعها المارة فإن ذلك يعد ظهوراً للمنكر يستوجب تدخل المحتسب لإزالته ومنعه .

هذا وظهور المنكر يختلف بأختلاف حالة فقد يظهر بحاسة الشم وتارة بحاسة السمع وأخرى بحاسة البصر وآونة بحاسة اللمس . وكل ذلك يفيد العلم الذى يوجب تدخل والى الحسبة لمنع المنكر وإزالته .

الرابع : أن يكون أمراً منكراً بغير خلاف يعتد به .

وعلى ذلك فليس للحنفى أن ينكر على الشافعى ولا للشافعى أن ينكر على الحنفى فيما يختلف فيه الحنفية والشافعية كحل متروك التسمية وتوارث ذوى الأرحام والنكاح بالاولى ، وذلك لأن آراء المذاهب على إختلافها مستمدة من أصول الدين ودلائله ، وأساس الخلاف فيها هو الرأى وليس الرأى بحجة على رأى آخر .

ومناط الأحكام هو غلبة الظن وذلك أساس التكليف والظن يختلف بأختلاف المجتهدين والناظرين .

د ـ مع من تكون ؟ المحتسب عليه :

انما يكون الاحتساب فى منكر لا اختلاف فيه على ما بيناه ، والمنكر ما حرمه الشارع أو ما كرهه وما استقبحه المسلمون فكرهوه ونفرت منه طباعهم وإن لم يأت بتحريمه نص خاص وعلى ذلك فليس يشترط فيه أن يكون معصية لأن المعاصى ما جاء دليل بحرمتها أو كراهتها ـ وأنما يكون المنكر منكراً إذا عد منكراً ممن يفعله وإن لم يكن عصيانا وهذا ما يحتسب فيه وصاحبه هو من يحتسب معه .

وأقل ما يشترط فيه أن يكون إنسانا فلا يشترط فيه العقل إذ المجنون يحتسب معه إذا زنى لأن زناه يعد من المنكرات ولا يحتسب معه إذا شرب الخمر أو ترك الصلاة لأن شرب المجنون الخمر وتركه الصلاة لا يعد منكراً بالنسبة إليه وكذا لا يشترط فيه البلوغ فالصبى إذا شرب الخمر وجب أن يحتسب معه فى حين أن شرب

الخمر لا يعد منه معصية لأنه غير مكلف ، وعلى ذلك يرى أنه لا احتساب إلا مع إنسان ، وذلك إذا أتى ما يعد منكراً يجب أن يجنبه وإن لم يكن عصيانا وإنما وجب الاحتساب فى زنى المجنون مراعاة لحق الله وحرماته فقد يكون من زناه ولادة ونسل وعند ذلك يلحق النسل عظيم الضرر كما يلحق المزنى بها مثل ذلك .

أما شربه الخمر فلن يترتب عليه أى ضرر لأحد لأن ضررها فى إزالة عقله ولا عقل له وفى شربها اتلافها .

هـ ـ الاحتساب وما يتم به : بينا فيما تقدم أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهو الاحتساب أو القيام بالحسبة من أعظم الواجبات وأهم المحسبات ، ذكره الله فى كتابه مرات كثيرة وامتدحه فيه بأساليب مختلفة عديدة وكان حظه مع ذلك من السنة أوفر وذكره فيها أكثر وذلك لعظم ما يترتب عليه من مصالح وما يدرأ به من مفاسد وذلك أساس كل ما أمر به الدين وحكمه كل ما نهى عنه .

والمعتبر فى ذلك هو رجحان أحد النوعين على الآخر ـ إذ لا يخلو كل أمر أو نهى من مصلحة يحققها ـ ومفسدة تترتب عليه ـ فإذا رجحت المصلحة أمر به وإذا رجحت المفسدة نهى عنه .

وكان كل من الأمر والنهى فى هذه الحال مشروعا وطاعة مطلوبة، وكان تركهما أو وضع أحدهما موضع الآخر عصيانا وأمرا محرما مطلوبا تركه لأن مغبة ذلك الفساد والله لا يحب الفساد .

لهذا كان كل ما أمر به الله صلاحا على هذا المعنى وكان ما نهى عنه فسادا على هذا الوضع .

وعلى هذا الأساس بعثت الرسل ونزلت الكتب وشرعت الشرائع السماوية . ولذا قيل حيث كانت المصلحة فثم شرع الله . وعلى ذلك فإنما يؤمر بالمعروف وينهى عن المنكر حيث تكون المصلحة من ذلك راجحة موفورة فأما إذا كانت المفسدة التى تترتب عليه أرجح من المصلحة لم يكن القيام به حينئذ مشروعا وليس مما أمر الله به فى هذا الموضع . وإن كان عندك ترك واجب أو اقتراف منكر ، وإلى هذا يشير قوله صلى الله عليه وسلم " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان " إذ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكون الانكار على فاعل المنكر بالقلب حيث لا يستطاع ذلك باليد ولا باللسان . وليس الانكار بالقلب إلا كراهية نفسية وسكوتا ظاهريا وابتعادا عن مقاربته وعدم الاستطاعة باليد وباللسان تكون حيث يعلم أن من وراء ذلك مفسدة راجحة أو ضرراً غير محتمل أو شراً أعظم من المنكر المرتكب .

ويشير إليه قوله تعالى : " يأيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم " ولن يتحقق الأهتداء حينئذ إلا بطاعة ما أمر به الله ورسوله فيمن ترك معروفا أو ارتكب منكراً من أمر أو نهى أو انكار بالقلب .

طريقها : علمت أن الاحتساب إذا ما أسند إلى شخص كان ولاية عامة من الولايات الشرعية كولاية القضاء ـ وإذا كان للقضاء طرق توصل إليه وهى الدعوى ووسائل اثباتها . فإن للاحتساب طريقا يقوم عليه وهو الاستعداء أو المشاهدة والعلم فإن كان الاحتساب فى حق من الحقوق الخاصة التى لا حق لمجموع الأمة فيها فإنه يتوقف على الأستعداد من صاحب الحق وليس للمحتسب أن يتدخل

بالمنع والتغيير إلا بناء على طلب صاحب الحق واستعدائه . وذلك كما إذا اعتدى إنسان على دار آخر فسكنها غصبا أو أغتصب منه مناعا أو نحو ذلك ففى مثل هذه الحال لا يتدخل المحتسب بإخراج المغتصب من الدار أو يرد المغصوب إلى صاحبه إلا بناء على طلب صاحب الدار أو صاحب المتاع . ذلك لجواز نزول صاحب الحق عن حقه أو ميله إلي تركه مدة من الزمن باعارة أو إباحة أو هبة أو نحو ذلك ، فلا يظهر مع سكوت صاحب الحق اعتداء .

والمحتسب إنما يتدخل عند ظهور المنكر . الاستعداء فى هذه الحال يشبه الدعوى أمام القاضى من ناحية إيصال الأمر إلى علم من إليه الصفة ، غير أنه لا يتطلب من المحتسب إلا التثبت من صحة الخبر بطريق المشاهدة أو بناء على إقرار المعتدى ، أما عند الخفاء أو الانكار والجحود ممن نسب إليه الاعتداء فلا يتدخل المحتسب لأنه لا يسمع بينه ولا يوجه يمينا ولا يتجسس إذ أن ذلك ليس له .

أما إذا كان الاحتساب فى حق من حقوق الله تعالى وذلك بأن يكون فى منكر من المنكرات التى تمس المجتمع ونظامه أو في حد الزنا أو حد الشرب أو فى حق عام كاعتداء على مرفق عام أو طريق عام أو فى حق يغلب فيه حق الله فإن الاحتساب حينئذ يقوم على المشاهدة والعلم الشخصى المستند إلى قيام المنكر ووجوده ، سواء أكان ذلك بواسطة المحتسب نفسه أو بواسطة أعوانه لأنهم فى الواقع وبحكم تعيينهم من ولاة الحسبة فى الجملة .

ويجوز أن يقوم الاحتساب فى هذه الحال على الأمارات الظاهرة الراهنة إذا كان ظهورها يعد من المنكرات القائمة ، فإذا سمع المحتسب أصوات استغاثة أو أصواتا منبعثة من قيام جريمة من الجرائم وجب عليه أن يتدخل فى هذه الحال وإن لم ير الجريمة نفسها لأن العلم قد يكون بالسمع كما يكون بالنظر .

وليس للمحتسب على العموم أن يتعرف على المنكر ويتجسس للوصول إلى العلم به فلا يجوز له أن يسترق السمع ولا أن يستنشق الراوائح ليتعرف على رائحة الخمر ولا أن يمس المستور ليعرف ما وراء الستر لأن الله سبحانه وتعالى قد نهى عن التجسس وتلك هى سنة الخلفاء الراشدين .

كيف كانت فى الزمن الماضى :

علمنا مما تقدم أن الاحتساب ليس إلا ضربا من الأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر فمن قام بها فقد قام بالاحتساب قطعاً وإذا تركت الحسبة فأهملت فى قوم كان ذلك إهمالاً وتركا للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولهذا كان الاحتساب من أول ما يقوم به الأنبياء والمرسلون والدعاة والمرشدون قام به النبى صلى الله عليه وسلم طيلة حياته مليئة بنهيه عن المنكرات ويأمره بالمعروف ، وقد كان أكثر نهيه عن أمور قائمه أو أمور محظورة معتادة ، وقل أن يكون عن منكر لم يقع وكذلك كان الوضع فيما أمر به من معروف إذ كان يأمر بما لم يفعل من المعروف . وكان ذلك هديه صلى الله عليه وسلم فى تشريعه لا يستبق الحوادث ولا يفترض الوقائع بل يشرع للواقع وعلى الواقع .

رأى الناس يعبدون الأوثان ويشركونها مع الله سبحانه وتعالى فنهى عن عبادة الأوثان وأمر بعبادة الله وحده .

رأى الناس يأكلون الربا فنهاهم عنه وحرمه عليهم ، ورأهم يتبايعون فى المعدوم وفيما هو

غرر فنهاهم عن بيع المعدوم .

وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبره طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال ما هذا يا صاحب الطعام . فقال أصابته السماء . فقال : رسول الله أفلا جعلته فوق الطعام كى يراه الناس " من غشنا فليس منا " .

وقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم سعيد بن العاص بن أمية على سوق مكة بعد الفتح فكان إليه الحسبة فيه .

وعلى الجملة فقيام رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاحتساب من أخص صفاته وما لأجله بعث ، وقد قام بعده خلفاؤه فى ذلك على هديه فأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر . وكان ذلك ظاهراً فى حياة عمر رضى الله عنه إذ كان يجوب الطرقات والأسواق بدرته يعزر بها كل من يراه مرتكبا منكراً ومن يراه تاركا معروفا والمروى فى ذلك معروف تغنى كثرته وشهرته عن ذكره . حتى أنه لكثرة ما عنى بذلك ليعد أول محتسب وكذلك كان الأمر فيما بعد عمر . غير أنه لم يكن لولاية الحسبة فى هذا الزمن زمن الخلفاء الراشدين من عين لها من الولاة خاصة بل ترك أمرها إلى من لهم ولاية الحكم على العموم وإلى آحاد المسلمين بحكم أنها فريضة عليهم .

إلي من لهم ولاية الحكم على العموم وإلى آحاد المسلمين بحكم أنها فريضة عليهم .

ولم يزل الأمر كذلك إلى أن عين للقيام بهذه المهمة من يليها وسميت بهذا الاسم وقد حدث ذلك فى عهد الدولة العباسية وفيما بعدها من الزمن فكان فى كل من القاهرة ودمشق وحلب وغيرها ولاة المنكر .

هل فى نظامنا الحاضر ما يقوم مقامها : أما الآن فإن وظيفة الحسبة لا يقوم بها وال خاص بها ، بل نرى أن من أعمالها ما تقوم به فى مصر رجال الشرطة كملاحظة الأسواق والطرقات ، ومنها ما تقوم به النيابة الإدارية كمخالفات الموظفين وأهمالهم فى واجبهم ، ومنها ما تقدم به النيابة العامة كالاعتداء على الأنفس والأموال ومنها ما تقوم بـه وزارة الصحة كمخالفات الصيادلة والأطباء والمطاعم والجزارين ، ومنها ما تقوم بـه وزارة التموين كمراقبة الخبازين والأسعار ومنع الاحتكار ، ومنها ما تقوم به مصلحة الدمغة كمراقبة الموازين والمكاييل والصاغة . وعلى الجملة فإن ولاية الحسبة وظيفة إجتماعية لا يستغنى عنها مجتمع يرجو لنفسه الكمـال والصلاح .

إن العدل من صفات الله العزيز المتعال . لو تمثل لكان خلقا جميل الطلعة . طلق المحيا . حلو الحديث . مؤلفا للقلوب . محققا لرضاء الناس كافة . فى بسمته الطمأنينة والسلام . وفى راحته البركة والرخاء والنعيم المقيم .

شيخ قضاة مصر
عبد العزيز فهمى

دور أجهزة الدولة فى حماية المجنى عليه

للسيد الدكتور/ زكى محمد النجار ـ أكاديمية الشرطه

مقدمة :

لقد تواترت كل الكتابات على أن اشخاص الجريمة شخصان هما : الجانى : وهو الشخص الايجابى فى الجريمة الذى يخرج بفعله الجرمى (نشاطه الاجرامى) الجريمة الى الحيز المادى الملوس .

المجنى عليه : وهو الشخص السلبى ، لان دوره يقتصر على وقوع الفعل الجرمى عليه . وقد ترتب على ذلك ان اهتم الفقه بدراسة الجوانب المتعلقة بالجانى دون المجنى عليه . ولكن اثبتت الدراسات القانونية والنفسية والاجتماعية ـ ان دور المجنى عليه ليس دائما دورا سلبيا انما قد يكون دوره ايجابيا فى اخراج الجريمة بل اكثر ايجابية من دور الجانى ـ أحيانا وذلك حين يصطنع مختلف المحفزات للجانى على ارتكاب الجريمة أو حين يرضى بوقوع الجريمة عليه واكثر من ذلك حين يطلب ويمعن فى طلبه بوقوعها (كمن يريد الموت بسبب الامه النفسية أو البدنية . . مثلا) .

ولما كانت اختصاصات الشرطة العصرية لا تقف عند حد المهام الادارية والقضائية (أعمال الضبط الادارى والضبط القضائى) فحسب بل تلعب الشرطة دورا اجتماعيا ودورا انسانيا ايضا فى المجتمع لذلك يثور التساؤل هنا حول مدى تاثير رضا المجنى عليه بوقوع الجريمة عليه على ممارسة الشرطة لاختصاصاتها المتنوعة والمتعددة .

على أنه مما تجدرالاشارة اليه اننا لا نهدف من هذه الدراسة تحديد القيمة القانونية لرضاء المجنى عليه على المسئولية الجزائية .

بل نستهدف هنا تحديدا للمجنى عليه محل الحماية القانونية فى المجتمع . ومدى ماتقدمه له أجهزة الدولة من أوجه الرعاية .

واذا كان الخوض فى هاتين المسألتين اعقد واوسع بكثير من أن يتضمنها مقال قصير ، فانه مع ذلك يظل من المفيد القاء الضوء على مجمل الخطوط العامة أو العناوين الرئيسية للموضوع وهى:

١- تحديد المجنى عليه محل الحماية القانونية فى المجتمع .

٢ - أوجه الرعاية التى تقدمها أجهزة الدولة للمجنى عليه .

وذلك على النحو التالى :

أولا : تحديد المجنى عليه محل الحماية القانونية فى المجتمع :

تثير مسألة تحديد المجنى عليه خلافا كبيرا فى الفقه ويعد حسم هذه النقطة مسألة جوهرية فى نطاق البحث عن حدود الحماية القانونية التى يجب توفيرها للمجنى عليه .

فاذا كانت الكتابات تواترت على ان المجنى عليه هو الشخص السلبى لان دوره يقتصر على وقوع الفعل الاجرامى عليه ، فان الدراسات القانونية والنفسية والاجتماعية قد اثبتت ان دور المجنى عليه ليس دائما دورا سلبيا

أذ قد يكون المجنى عليه هو الجانى نفسه وذلك حينما يرتكب المجنى عليه الجريمة تجاه نفسه كمن يشرع فى الانتحار مثلا كما قد يكون مرتكب الجريمة غير المجنى عليه ولكنها تتم برضائه مثال ذلك من يطلب من اخر أن ـ يقتله أو يعطل عضوا من اعضاء جسمه .

ولكن يثور تساؤل هام هنا وهو اليس المجتمع هو المجنى عليه الاول ومن ثم فهو الجدير بالحماية . ولما كانت الجريمة تتعلق بحق المجتمع صاحب المصلحة الاعلى شأنا والاولى بالرعاية من المصلحة الخاصة المتمثلة بالقيمة الذاتية أو الشخصية فانه مما لاشك فيه ان الاعتداد برضاء المجنى عليه . واعطاءه قيمة قانونية لكى يعمل وينتج اثاره مشروط بعدم التعارض مع المصلحة العامة التى هى مصلحة المجتمع العليا . ولكن كيف تتحدد مصلحة المجتمع العليا فى هذا الشان ؟ تلك هى المشكلة .

فاذا كانت العقوبة الجزائية تسن لمصلحة المجتمع وقبل كل شئ وكانت الغاية من العقاب هى حماية الفضيلة وحماية المجتمع من أن تتحكم الرذيلة فيه وتحقيق المنفعة العامة وكان الامتناع عن انزال العقاب بالجانى من شانه تعريض الجميع للاذى . ذلك لان ما جاءت به قوانين الجزاء وقوانين التجريم هو لمصلحة الناس عامة وحماية المصالح الاجتماعية والتى يمكن ردها الى خمسة انواع هى : حفظ الدين ، وحفظ النفس ، وحفظ العقل ، وحفظ النسل ، وحفظ المال ، اذن فتشريع العقوبة جاء من قبيل الواجب الذى يحقق العدالة بين الناس ويكون إرضاء للعدالة فى ذاتها فالعقوبة شرع لدفع المفاسد وذلك فى ذاته مصلحة لان دفع الضرر (المفاسد) مقدم على جلب المنفعة .

لذلك نصت كثر من القوانين الجزائية على عقاب من يقترف على نفسه فعلا يجرمه القانون . كالشروع فى الانتحار وكتجريم المرأة التى تجهض نفسها .

ولكن رغم ذلك فان لرضاء المجنى عليه أهمية قانونية وتظل أهميت التطور الذى لحق القانون الجزائى فى هذا المجال فى أنه ادى الى انحسار دور رضاء المجنى عليه اذ لايزال رضاء المجنى عليه سببا لاباحة بعض الافعال التى تمس المجنى عليه أو ماله بل ويكون شرطا من شروط بعض أسباب الاباحة . بل يؤدى الرضا فى بعض الجرائم الى انعدام ركنها المادى كجريمة الاغتصاب مثلا ولكن ذلك كله بشروط محددة والا فقد الرضا كل قيمة له . وذلك على التفصيل التالى : -

فى شروط الرضا الذى يعتد به:ـ

١) الشروط الشكلية :

يشترط فى الرضا الذى يعتد به القانون باعتباره سببا للاباحة أو عنصرا فى أسباب الاباحة أوكونه نافياً للركن المادى لبعض الجرائم عدة شروط شكلية هى : ـ

أ) أن يكون الرضا صادرا من ذى أهلية :

ذلك لان الرضا تعبيرا عن ارادة يعتد بها القانون وتختلف الاهلية الجنائية باختلاف القوانين الجنائية . وقد تختلف باختلاف الجرائم فى القانون الواحد فمثلا :

يعتد القانون المصرى بالرضا فى جريمة الخطف اذا صدر عن المجنى عليه البالغ ستة عشر سنة . فى حين أنه يعتد فى جريمة هتك العرض بالرضا الصادر عن المجنى عليه البالغ ثمانية عشر عاما .

ب) أن يكون الرضا فعلا ومؤثرا بمعني :

أن تكون ارادة المجنى عليه سليمة خالية مما يشوبها من عيوب الرضا وخاصة الاكراه ، فمثلا : لا يعتد بالرضا الصادر من المجنى عليه اذا كان الجانى قد توصل اليه بالاكراه أو الضغط على ارادة المجنى عليه ضغط ماديا أو ادبيا.

جـ) يجب أن يكون الرضا صادرا قبل أو اثناء ممارسة الفعل الاجرامى :

فاذا صدر الرضا بعد تمام الجريمة مثلا يعتد به كسبب اباحة أو شرط فيها . . ويجب فى الرضا الصادر قبل ارتكاب الفعل الاجرامى ان يستمر حتى تمام ارتكاب الجريمة .

وقد اضاف بعض الشراح ـ على هذه الشروط المجمع عليها ـ شرطا أخر وهو : أن يكون الجانى هو الشخص الذى رمى له المجنى عليه أن يقوم بالفعل المكون للجريمك فمثلا : يعد مرتكب جريمة الاغتصاب الشخص الذى يواقع فتاه موهما اياها انه صديقها الذى اعتاد زيارتها ليلا . وذلك لان رضا الفتاه ما كان موجها الا لصديقها . والقاعدة العامة انه قد يكون الرضا صريحا أوضمنيا فى انتاجه لاثاره .

الشروط الموضوعية :

يمثل الحديث فى هذه الشروط حجز الزاوية فى تلك الدراسة ذلك وان كانت الشروط الموضوعية للرضا المعتد به فى هذا المجال تخلص فى عدم مساس الرضا بالمصلحة العامة . فان تحديد معيار المصلحة العامة يعد امرا بالغ الاهمية . لانه يمثل الحدود الفاصلة بين الرضا الذى يعتد به والرضا الذى لا يعتد به فى مجال المسئولية الجنائية .

وتجدر الاشارة الى أن مفهوم المصلحة العامة مفهوم سياسى فى أصل تحدره باعتباره منفعة للنظام السياسى . ولما كانت أهداف الانظمه السياسية مختلفة فان مفاهيم المصلحة العامة سوف تختلف هى الاخرى لان كل نظام سياسى له مفهومه الخاص حول المصلحة العامه .

لذلك فان الرأى الراجح فى القانون الوضعى يؤكد بان تحديد مضمون المصلحة العامة ومحتواها يتغير بتغير العصور وتبعا للظروف الاجتماعية والمعطيات النفسية التى تسود المجتمعات .

أى أن مفهوم المصلحة العامة مفهوم ملتزم بالتزام النظام القانونى لنظام سياسى معين .

وبالتالى فان معطيات وعناصر مفهوم المصلحة العامة سوف تختلف من نظام قانونى الى اخر . وعليه فاذا كانت المصلحه العامة تقضى ان يكون لرضا المجنى عليه دورا محدودا فى النظم الاشتراكية فان المصلحة العامة فى النظم الراسمالية (الليبرالية) قد تقضى ان يكون دور الارادة ورضا المجنى عليه اكثر فاعلية . . ولكن هل يمكن تصور معيار جامع مانع للمصلحة العامة فى كافة النظم القانونية على اختلاف الوانها وفى القوانين الوضعية لا . للاسباب السابقة .

واننا نرى هذا المعيار فى مبادئ الشريعة الاسلامية الغراء فما هو موقف الشريعة الاسلامية من هذه المشكلة التى لم تحسم فى الفكر الجنائى الوضعى ولن تحسم الا باحكام الشريعة ؟

أن احكام الشريعة الإسلامية فى هذا المجال تقرر :

أن كل فعل فيه مساس بالمصلحة العامة لا يكون بمقدور الرضا اباحته مادام يمس حقا اجتماعيا عاما وليس حقا فرديا خاصا .

فالشريعة الاسلامية وما تتميز

به من كمال وعلو وسمو ودوام ، بحكم ارتدادها الى اصل واحد نشأت عنه جميعا . بحيث يعتبر كل منها اثرا من اثاره وهذا الاصل هو ان الشريعة الاسلامية من عند الله ومن صنعه . ولولا أن الشريعة من عند الله لما توفرت لديها هذه الصفات ـ قد أوجدت لنا الحل السليم لأعقد المشكلات التى تواجـه المجتمعات الحديثة .

وفى هذا الصدد حددت الشريعة الاسلامية المصلحة العامة من خلال تقسيمها الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة الى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الافراد وفيما يتعلق بالجرائم التى تقع ضد الجماعة حددتها الشريعة بأنها تلك التى شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة سواء وقعت على فرد أو على جماعة أو على أمن الجماعة ونظامها ومنها جرائم الحدود كالسرقة والشرب والقذف والحرابة والزنا وتعتبر هذه الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة ولو انها تقع على افراد معينين ـ وتمس مصالحهم مسًا شديدا وليس فى اعتبارها ماسة بالجماعة انكار لمساسها بالافراد وانما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الافراد بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه اثر على الجريمة أو العقوبة .

واما الجرائم التى تقع ضد الافراد:

فهى التى شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الافراد . ولو ان ما يمس المصلحة الافراد هو فى الوقت ذاته ماس بمصالح الجماعة . ومنها جرائم القصاص والدية وانما اعتبرت من الجرائم الماسة بالافراد لتغليب حق الفرد على حق الجماعة . فللفرد ان يتنازل عن القصاص والدية . وقد اعطى له حق التنازل لان الجريمة تمسه مسأ مباشرا فاذا تنازل عن العقوبة لم يترك الجانى وانما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظا لمصلحة الجماعة التى مست مسأ غير مباشر ولا يشترط فى العقوبة الردع والايلام فقد تكون العقوبة اصلاحية أى تستهدف اصلاح وتقويم الجانى .

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى السابق بيانه .

والواقع ان كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس فى النهاية مصلحة الافراد والعكس صحيح . فاذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لانها تمس مصلحة الجماعة اكثر مما تمس مصلحة الفرد واذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الافراد فذلك لانها تمس مصلحة الافراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

وتطبيقا لذلك فانه لا يعتد برضاء المجنى عليه فى الافعال الواقعة على حياته وسلامته البدنية فيجب انزال العقاب بالاشخاص فى حالة ايذاء انفسهم أو شروعهم فى الانتحار ولا يمكن التسليم بما يقوله البعض بانعدام جدوى العقاب فى هذه الحالة اذ ليست العقوبة تستهدف الايلام والردع فحسب . بل تستهدف ايضا اصلاح المجرم . وهذا هو الواجب التطبيق فى هذه الحالة . ولقد اتجهت بعض القوانين الحديثة الى تقرير هذه الاحكام مثل القانون الجزائى العمانى الذى يعاقب المجنى عليه على شروعه فى الانتحار كما قرر قانون الجزاء العمانى عقاب من يقتل انسانا بعامل الاشفاق بناء على الحاحة بالطلب بعقوبة الجناية (م/٢٤٠ جزاء عمانى) ونفس المنهج القانون الانجليزى والقانون السودانى .

واذا انتهينا من تحديد المصلحة العامة المحمية جزائيا وفقا لاكمل الاحـكام واكثرهـا سـموا . فاننا

نستطيع تحديد القيمة القانونية لرضا المجنى عليه فى مجال المسئولية الجزائية بوضوح .

تحديد المجنى عليه محل الحماية القانونية :

نخلص من التحليل السابق ان المجنى عليه فى المسئولية الجزائية ليس هو فحسب الشخص الذى يكون محلا للجريمة رغما عن ارادته بل ان المجتمع هو المجنى عليه الاول فى الجرائم الجزائية بوصف الجريمة تتعلق بحق المجتمع صاحب المصلحة الاعلى شانا والاولى بالرعاية من المصلحة الخاصة المتمثلة بالقيمة الذاتية أو الشخصية .

واذا كان القانون قد منح لرضاء المجنى عليه (من الاشخاص) قيمة قانونية لكى يعمل وينتج اثاره فى انتفاء المسئولية الجزئية فانه قد اشترط الا تمس الجريمة مصلحة عامة أى مصلحة المجتمع العليا . وقد حددنا معيار التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة (التى يعتد بالرضا فى بعض صوره) من خلال تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الافراد وانتهينا الى عدم الاعتداد برضا المجنى عليه فى الجريمة اذا شكل رضاؤه مساسا بالمصلحة العامة .حتى ولو كان رضاوه قد تعلق بحق شخصى شكلا . ولذلك فانه تجب معاقبة من يشرع فى الانتحار أو من يحدث بجسده أو ماله اضرارا . كما تجب معاقبة من يدمن تعاطى المواد المخدرة . وليس شرطا بان يكون العقاب بانزال العقوبات البدنية أو المالية بالجانى (والذى لو نظر اليه شكلا لكان مجنى عليه) بل تتخذ ضد هؤلاء التدابير الاحترازية بهدف تغيير سلوك هؤلاء الجناة نحو التكييف مع المجتمع .

وتتجه معظم التشريعات الجزائية الحديثة نحو الاخذ بمفهوم العقوبات من جانبها الاصلاحى . وذلك بلاشك تقارب مع احكام الشريعة الاسلامية الغراء التى تأمر بالعقاب ولكنها تجعله رحمة وعدل

فتوقيع العقاب الاصلاحى على المجرم ولو كان مجنى عليه فيه حماية له فضلا عن حماية المجتمع . وعلى ذلك فاذا كانت حماية الشرطة للمجنى عليه امرا واجبا فانه يجب ان ينظر الى المجنى عليه على انه ليس فحسب الشخص الذى وقعت عليه الجريمة رغم ارادته بل وذلك الذى رضى بوقوعها عليه فى الامور المتعلقة بالمصلحة العامة ولايشترط فى المصلحة العامة الا تمس مصلحة شخصية بل تعد مصلحة عامة الامور التى تمس المصالح الفردية بما يتعارض مع النظام العام فى الدولة .

وعليه ينحصر دور المجنى عليه الذى يستطيع تعطيل الحماية الجنائية على ذلك الذى يرضى بوقوع الجريمة عليه فى امر شخصى لا يمس المصلحة العامة على التحديد السابق .

... ...

ثانيا : أوجه الرعاية التى تقدمها اجهزة الدولة للمجنى عليه:

١) دور الشرطة فى مجال الحماية :

اذا انتهينا الى تحديد المجنى عليه على النحو السابق فان على الشرطة اذن الاسراع فى مساعدة المجنى عليه والنهوض الى ذلك دائما . وعليها ان تتخذ كافة الاجراءات ادارية كانت أو قضائية التى تحول دون ارتكاب الجريمة أو ضبطها بعد وقوعها وتقديم الجناة الى المحاكمة ولا يمكن ان يغل رضاء لا يعتد به من اتخاذ الشرطة الاجراءات الكفيلة بالمحافظة على

الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة وضبط الجرائم وجمع الادلة ضد مرتكبيها وتقديمهم للمحاكمة . والشرطة ملزمة بحماية المجنى عليه ولو من نفسه كما يتبدى ذلك من الدور الاجتماعى للشرطة فى مجال رعاية المدمنين والاحداث والمفرج عنهم . . . الخ .

ويعتبر نكول رجل الشرطة عن مساعدة المجنى عليه أو عند طلب المساعدة له جريمة جنائية وجريمة ادارية فى نفس الوقت . لان - الامتناع عن مساعدة المجنى عليه أو النكول عن طلب مساعدته يشكل اخلالا جسيما لاصول المهنة أو الوظيفة لما تفرضه عليه القوانين واللوائح من واجبات .

فحماية الشرطة للمجنى عليه اذن يمثل التزاما قانونيا عليها يترتب على عدم تنفيذه أو الاهمال فيه تحقق مسئولية رجل الشرطة جنائيا واداريا وربما مدنيا ايضا . اذا ترتب على الاخلال بالالتزام اصابة المجنى عليه بضرر من جراء ذلك الاخلال فمثلا : اذا شاهد رجل الشرطة شخصا يشرع فى الانتحار أو شاهد أية جريمة ولم يتدخل لمنعها مع تمكنه من ذلك يكون محلا للمسئولية من كافة جوانبها وكذا اذا لم يتدخل لضبطها واتخاذ الاجراءات القانونية حيالها ولما كان الامتناع عن مساعدة المجنى عليه او النكول عن طلب مساعدته يشكل جريمة جنائية فانه يشترط لقيام الجريمة توافر ركنيها المادى والمعنوى . ويتكون الركن المادى من اربعة عناصر هى : -

أ- وجود مجنى عليه وقعت عليه جريمة أوقبل بوقوعها فى مصلحة غير خاصة له .

ب- عدم تقديم المساعدة (الحماية) أو الاستجابة لطلب المساعدة للمجنى عليه .

جـ) أن يكون رجل الشرطة قادرا على تقديم المساعدة دون أن يلحقه ضرر جسيم .

د - أن يكون امتناع رجل الشرطة عن تقديم المساعدة أو الاستجابة اليها قد تم بمحض اراداته - أى بمحض أرادة رجل الشرطة .

واما الركن المعنوى :

فيستوى أن يكون هو العمد أو الخطأ - فتحقق مسئولية رجل الشرطة جنائيا اذا توافر الركن المادى سواء بارادة رجل الشرطة مباشرة أو غير مباشرة كما فى الاهمال الجسيم أو الرعونة أو عدم الحيطة أو عدم مراعاة القوانين واللوائح .

واذا كانت تلك هى حدود حماية المجنى عليه وشروطها والاثر المترتب على تخلف رجل الشرطة عن تقديمها . فانه يكون أمراً مهما العناية بتدريس العلوم السلوكية لرجال الشرطة مثل :

علم النفس الجنائى . وعلم الاجرام ، وعلم العقاب . فذلك مما يعينهم على فهم طبيعتهم الاجتماعية . كما تتحقق الحماية الشرطية للمجنى عليه - أيضا - من خلال تدعيم علاقة أجهزة الشرطة باجهزة الاعلام فى الدولة من خلال التزام أجهزة الاعلام بنشر برامج متعددة تحض بإسلوب مباشر وغير مباشر على تجنب ارتكاب الانماط السلوكية المخالفة لقيم المجتمع وقوانينه كاسلوب وقائى للحد من انتشار الجرائم .

فحماية مصالح المجتمع العليا والقيم والمبادئ ليست مهمة الشرطة وحدها بل تشاركها كافة أجهزة الدولة وأن اضطلعت الشرطة بدور أعظم فيها .

٢) دور باقى أجهزة الدولة فى تحقيق الحماية للمجنى عليه :

انتهينا مما سبق الى أن حماية

المجنى عليه من جانب الشرطة ليست هى الحماية الوحيده التى ينبغى توفيرها للمجنى عليه بل تتعداها الى باقى أجهزة الدولة . بوصف أن المجنى عليه الاول هو المجتمع ذاته فضلا عن المجنى عليه وفقا للتحديد السابق وفى أحيان كثيرة ايضا أسرهم وشهودهم وغيرهم ممن يمدون لهم يد العون ، وما قد يتعرضون له ظلما من خسائر أو اضرار أو مشقة فى سبيل الحصول على حقوقهم . ليس فقط عما أصابهم من أضرار الجريمة التى وقعت عليهم بل وايضا من جراء اساءة أستعمال السلطة ضدهم وقد أوضحنا ذلك بمثال من جهاز الشرطـة .

واذا كنا نتحدث عن دور كافة اجهزة الدولة فى مساعدة المجنى عليهم وتعويضهم تعويضا يجبـر ما أصابهم من اضرار وخسائر فانه يجب فى الوقت ذاته تشجيع المشاركة الشعبية والمحلية من جانب كافة طوائف الجمهور فى منع الجريمة اصلا وانشاء وتعزيز الوسائل الازمـة لكشـف مرتكبى الجرائـم ومقاضاتهم واصدار الاحكام عليهم أن أجهـــزة الدولة مجتمعـــة مطالبة بمعاملة ضحايا الجريمة (ممن يصابون بأى ضرر أيا كان نوعه من الجرائم التى تقع عليهم أو ذويهم أو ما يلحق بهم من خسائر) بالرافة والاحترام لكرامتهم وتوفير اليات العدالة اليهم للحصول على الانصاف الفورى لهم وفق قوانين الدولـــة ، ليس ذلك فحســـب ، بل وتعريفهـــم بحقوقهم فى التماس الانصاف من خلال هذه الاليات، ومن ذلك توفير المساعدة المناسبة لهـم فى جميـع مراحـل الدعوى القضائية . وسرعة الفصل فى قضاياهم وتنفيذ الاوامر والاحـــكام التى تقضى بمنـح تعويضات لهم التى ينبغى أن تكون عادلة . ما يكفل جبر كافة الاضرار والخسائر التى تصيبهم ورد الحقوق اليهم . وضرورة أن تلتزم الدولة بتقديم هذا التعويض حينما لا يكون ممكنا الحصول عليه من المجرم أو من مصادر أخرى ويجب تضمين النظام القانونى للدولة أحكاما بهذا الشان بكل الصراحة والوضوح وتعديل هذه التشريعات بحيث تستجيب لكل التغيرات والظروف .

... ...

وصف
عمر بن الخطاب

قال معاوية بن ابى سفيان لصعصعة بين صوجان ، صف لنا عمر بن الخطاب . فقال :
كان عالما برعيته . عادلا فى قضيته . عاريا من الكبر . قبولا للعذر . سهل الحجاب . مصون الباب . متحريا للصواب . رفيقا بالضعيف . غير محاب للقريب . ولا جاف للغريب .

التعذيب جريمة عالمية ضد حقوق الانسان

للسيد الاستاذ / محمد شكرى عبد الفتاح - المحامى

من المقرر عالميا أن التعذيب هو انتهاك أساسى لحقوق الانسان أدانته الجمعيه العامه للأمم المتحدة كجريمه موجهة ضد آدميه الانسان وحقوقه وكرامته الانسانيــة ، ونصت على تحريمه قوانين جميع دول العالم ومختلف المواثيق العالميه لحقوق الانسان وذلك على مختلف الأصعدة الدوليه والاقليميه والمحلية حسبما يتضمنه المنظور التالى معطيات ومضامين ومفاهيم :

أولا : على الصعيد الدولى :

تنص المادة الخامسه من الاعلان العالمى لحقوق الانسان على أنه لا يجوز اخضاع أى فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسيه أو غير انسانية أو مهينة ، كما تنص المادة الثالثــة المشتركة فى مواثيــق اتفاقيات جنيف الاربع المبرمة لسنة ١٩٤٩ على تحريم التعذيب أوالمعاملة القاسيه للاشخاص الذين لم يشتركوا اشتراكا فعليا فى الحرب ، كما تحرم المادة نفسها الاعتداء على الكرامة الشخصية وبالأخص المعاملة المهينة ، وطبقا للمادة التاسعة من أتفاقية جنيف الثالثه لا يجوز استخدام القهر المعنوى أو البدنى على أسير من أسرى الحرب من أجل أكراهه على الاقرار بالذنب الذى أتهم به ، كما تنص الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنيه والسياسيه لسنة ١٩٦٦ فى المادة السابعة على أنه لا يجــوز أخضـــاع أى فــرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلميه وكذلك الاعلان العالمى لحماية الانسان من التعذيب الذى أقرته الامم المتحدة فى ٩ ديسمبر ١٩٧٥ وأيضا القواعد والمدونات الخاصه بمجموعة قواعد الامم المتحدة بشأن الحد الأدنى لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٧ الذى تنص المادة ٣١ من تلك المجموعة على أنه تحظر العقوبة البدنية والحبس فى زنزانة مظلمة ، وجميع ضروب وأشكال العقوبة القاسية أو اللانسانية المهينة حظرا تاما كجزاءات تأديبية ، كذلك تنص المادة الخامسة من المدونة الخاصة بقواعد السلوك الوظيفى للموظفين المكلفين بتنفيذ القوانين لسنة ١٩٧٩ على أنه لايجوز لأى من الموظفين المكلفين بتنفيذ أو تطبيق القوانين أن يقوم بأى عمل من أعمال التعذيب أو غيره من المعاملة أو العقوبة اللانسانية أو المهينة أو أن يحرض عليه أو أن يتغاضى عنه الموظفين بنفاذ أو تنفيذ القوانين أن يتذرع بأوامر عليا أو بظروف استثنائيه لتبرير التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة وفى تلك المدونة يقصد بعبارة الموظفين المكلفين بتنفيذ القوانين جميع موظفى القانون الذين يمارسون صلاحيــــات الشرطة ولا ســيما صلاحية الاعتقال والاحتجاز .

وجدير بالذكر أنه يتضح من استقراء مجموعة مبادئ الامم المتحدة الخاصة بآداب المهن الطبية لسنة ١٩٨٢ أن المبدأ رقم ٢ ينص

على أنه يعتبر انتهاكا خطيرا لآداب المهنة الطبية واساءة لمقتضى المواثيق الدولية المرعية قيام الموظفين الصحيين وعلى وجه الخصوص الأطباء بأعمال ايجابية أو سلبية من شأنها أن تشكل اشتراكا أو تواطؤا أوتحريضا أو محاولة لا رتكاب التعذيب أوغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة ولهذا فان كل فعل من أفعال التعذيب التى ترتكبها الحكومة يعد أنتهاكا للكرامة البشرية وخرقا للقانون الدولى والمواثيق العالمية .

ثانيا ـ على الصعيد الاقليمى :

تنص المادة الثالثة من الاتفاقية الأوربية لحماية الانسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٥ على أنه لا يجوز اخضاع أى فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة غير انسانية أو مهينة ـ كما تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان لسنة ١٩٦٩ على أنه لا يجوز اخضاع أى فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أوغير انسانية أو مهينة ويجب احترام الكرامة المتأصلة فى بنى الانسان عند معاملة الأشخاص المجردين من حريتهم ، كما أنه يبين من مطالعة الميثاق الافريقى لحقوق الانسان والشعوب الذى تم اقراره فى عام ١٩٨١ أن المادة الخامسة منه تنص على تحريم جميع ضروب استغلال الفرد وأهانته وعلى وجه الخصوص التعذيب أو العقوبة والمعاملة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة .

والجدير بالذكر فى هذا الخصوص أن محكمة الاستئناف الفيدرالية للولايات المتحدة الامريكية الدائرة القضائية الثانية قد أصدرت حكمها التاريخى الشهير فى نطاق قضيه تعذيب كان لها صدى عالمى هى قضيه والد وأخت المدعو جوليتو فيلاتيفا وهو شاب من براجواى عمره ١٧ سنه توفى اثناء تعذيبه على يد المفتش لقوات الشرطه فى مدينة اسينشينى ـ وقد قضى هذا الحكم العظيم بأن ممارسة التعذيب فى حالة سماح السلطات الحكومية بذلك تشكل انتهاكا لأحكاما القانون بموجب التشريع رقم ٢٨ من قانون الولايات المتحدة الامريكيه البند رقم ١٣٥٠ ولقد كان هذا الحكم علامة تاريخية مميزة مهدت السبيل أمام ايجاد وسيلة علاج على نطاق قطرى فى القانون الدولى لحقوق الانسان ، وسابقة قانونية مهمة فى عالم يجرى فيه تنفيذ احكام حقوق الانسان داخل مختلف البلدان ، كما نص الحكم المذكور على أنه قد أصبح القائم بالتعذيب شأنه شأن من سبقه من القراصنة وتجار العبيد عدوا لكل البشر .

ثالثا : على الصعيد الداخلى :

أن كل فعل من أفعال التعذيب التى ترتكبها الحكومة ورجالها يعد انتهاكا للكرامه البشرية وخرقا للقانون الدولى لهذا حظر الدستور التعذيب وجرمه القانون الجنائى نظرا لتعارضه مع نصوص المعاهدات الدوليه الرئيسية التى تحمى حقوق الانسان ، وبرغم أن المدافعين عن التعذيب غالبا ما يلجأون الى تبريره تحت زعم الصالح العام والأرواح البريئة ، لكن هذا الدفاع المختلف لا ينطبق على الواقع ، فالتعذيب يمارس حاليا كجزء من خطة حكومية تهدف الى قمع المعارضه ، وفى أغلب الأحيان ما يكون المحبوسون أو المعتقلون السياسيون أكثر تعرضا له فى الفترة التى تتلو اعتقالهم أو القبض عليهم مباشرة وذلك عندما تخور قواهم ويجبرون على اعترافات كاذبة ، ويكون من بين الضحايا أمهات وشيوخ وأطفال يجرى تعذيبهم

وتشويههم بعد خطفهم كرهائن لاجبار المتهم السياسى الهارب على تسليم نفسه أو الاعتراف بما يطلب منه الاعتراف به علما بأنه لا توجد ظروف يمكن أن تبرر ارتكاب تلك الانتهاكات أو تسمح بها قانونا لأن التعذيب اعتداء صارخ على حكم القانون ويناقض مناقضة مباشرة المبدأ الأساسى القائل بتوقيع عقوبة محددة لقاء جرم محدد وثابت ولكن التعذيب فى حد ذاته يعتبر اعتداء مبينا ومقصودا ، ولا شئ يتنافى مع الانسانيه اكثر من اذلال السجين الأعزل وتعريضه للأذى أو أى ألم عمدى لا يغتفر ولهذا يجب أن يدان التعذيب أدانة مطلقة وأن يعمل كل من جانبه على مقاومته.

وجدير بالذكر أن معظم المعتقلين فى السجون بسبب معتقداتهم وكثيرون منهم لم يقدم الى المحاكمة أو توجه ضده أيه تهمة والجديد بالذكر أيضا ان التعذيب لا يقع لمجرد أن القائمين بـه لديهم نزعه سادية للتلذذ بتعذيب الآخرين فحسب وحتى لو أثبتت الادلة وجود تلك النزعة فى بعض الأحيان الا أنه فى أغلب الأحيان يشكل جزءا من الأجهزة التى تتحكم فيها الدولة وتحكم بها وتستخدمها لكبح المعارضة فالحكومه تستخدم التعذيب كجزء لا يتجزأ من استراتيجيتها الأمنيه فاذا تعرضت لتهديد مارست التعذيب واستعانت به لا ستخلاص المعلومات لذلك كلما قامت الحكومة بتوسيع نطاق تعريف أمنها أوتصورها له كلما أضحى توريط اشخاص مختلفين وكثيرين فى نشاطات محظورة والقاء الرعب فى نفوس قطاعات اجتماعية مستهدفة كالطلاب وأعضاء النقابات العمالية والنقابات المهنية كالعمال والمحامين ، هو الدافع الحقيقى فى نية السلطة أو الحكومة وراء استخدام وسائل التعذيب وهذا يؤكد بالقطع أن التعذيب هو اعتداء مدبر ضد الكرامة الانسانية ولهذا السبب وحده ، يجب ادانته بشكل لا يقبل الجدل ولهذا ايضا كان المشرع الدستورى والجنائى حريصا على النص على تحريم التعذيب وادانته فى كافة صوره وبهذا اصبحت مسئولية المحاكم تحويل تلك النصوص التى اوردها المشرع فى هذا الخصوص من حبر على ورق الى واقع ملموس والتى يمكن الاشارة اليها مع الاشادة بها من خلال التنصيص القانونى التالى :

الدستور المصرى الصادر فى ١٩٧١/٩/١١ الباب الثالث الحريات والحقوق والواجبات العامه المادة ٤٠ المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامه لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغه أو الدين أو العقيده.

المادة ٤١ " الحرية الشخصيه حق طبيعى وهى مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل الا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق ، وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابه العامه وذلك وفقا لأحكام القانون "

المادة ٤٢ " كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الانسان ، ولا يجوز ايذاؤه بدنيا أو معنويا ، كما لا يجوز حجزه أو حبسه فى غير الاماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون ـ وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شئ ما تقدم أو التهديد بشئ منه يهدر ولا يعول عليه "

المادة ٥٧ " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامه التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدوله تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء " .

وثيقة اعلان الدستور

" نحن جماهير شعب مصر العامل على هذه الأرض المجيدة منذ فجر التاريخ والحضارة ، نحن جماهير هذا الشعب فى قرى مصر وحقولها ومدنها ومصانعها ومواطن العمل والعلم فيها ، وفى كل موقع يشارك فى صنع الحياة على ترابها أو يشارك فى شرف الدفاع عن هذا التراب ، نحن جماهير هذا الشعب الذى يحمل الى جانب امانة التاريخ مسئولية أهداف عظيمة للحاضر والمستقبل بذورها النضال الطويل والشاق ، نحن جماهير شعب مصر باسم الله وبعون الله نلتزم الى غير ما حد وبدون قيد أو شرط أن نبذل كل الجهود لتحقق :

رابعا:

الحرية للانسان المصرى عن ادراك الحقيقة فى أن انسانية الانسان وعزته هى الشعاع الذى هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى ، وأن كرامة الفرد انعكاس طبيعى لكرامة الوطن ذلك ان الفرد الذى هو حجر الأساس في بناء الوطن وبقيمة الفرد وبعمله وبكرامته تكون مكانه الوطن وقوته وهيبته ، وأن سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد فحسب لكنها الأساس الوحيد لمشروعية

السلطة في نفس الوقت ؟؟

قانون الاجراءات الجنائية

المادة ٤٠ " لا يجوز القبض على أى انسان أو حبسه الا بأمر من السلطات المختصه بذلك قانونا كما تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الانسان ، ولا يجوز ايذائه بدنيا أو معنويا .

المادة ٤١ " لايجوز حبس أى انسان الا فى السجون المخصصه لذلك ، ولا يجوز لمأمور أى سجن قبول أى أنسان فيه الا بمقتضى أمر موقع عليه من السلطه المختصة ، والا يبقيه بعد المدة المحددة بهذا الأمر "

المادة ٤٢ " لكل من أعضاء النيابه العامه ورؤساء ووكلاء المحاكم الابتدائية والاستئنافية زيارة السجون العامه والمركزية الموجوده فى دوائر اختصاصهم والتأكد من عدم وجود محبوس بصفة غير قانونية ، ولهم أن يطلعوا على دفاتر السجن وعلى أوامر القبض والحبس وأن يأخذوا صورا منها وأن يتصلوا بأى محبوس ويسمعوا منه أى شكوى يريد أن يبديها لهم ، وعلى مدير وموظفى السجون أن يقدموا لهم كل مساعده لحصولهم على المعلومات التى يطلبونها .

المادة ٤٣ " لكل مسجون الحق فى أن يقدم فى أى وقت لمأمور السجن شكوى كتابية أو شفهية ويطلب منه تبليغها للنيابة العامة، وعلى المأمور قبولها وتبليغها فى الحال بعد اثباتها فى سجل يعد لذلك فى السجن ولكل من علم بوجود محبوس بصفة غير قانونية أو فى محل غير مخصص للحبس أن يخطر أحد أعضاء النيابة العامة وعليه بمجرد علمه أن ينتقل فورا الى المحل الموجود به المحبوس وان يقوم باجراء التحقيق وأن يأمر بالافراج عن المحبوس بصفة غير قانونيـة وعليه أن يحرر محضرا بذلك .

المادة ١٤٠ "لا يجوز لمأمور السجن

ان يسمح لأحد من رجال السلطة بالاتصال بالمحبوس داخل السجن الا باذن كتابي من النيابه العامه وعليه ان يدون في دفتر السجن اسم الشخص الذى سمح له بذلك ووقت المقابلة وتاريخ ومضمون الاذن ؟

ومن الجدير بالذكر أنه رغم تلك الترسانة القانونية والدستورية المكدسة بالنصوص التشريعية الآمرة التى تحرم التعذيب وتجرمه باعتباره اعتداء خطير على الحرية الشخصيه وحرمه الحياة الخاصه للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامه التى يكفلها الدستور والقانون - فان شمولية النظام الحاكم فى مصر وارتكازه على نظام الطوارئ فى حكم البلاد قد أحالت جميع تلك النصوص المنوه عنها الى حبر على ورق وعطلتها بشكل أضحت معه هى والعدم سواء وقد ساعد السلطه الحاكمة فى مصر على هذا المروق الدستورى والخروج على المشروعيه وسيادة القانون سلبية المواطنين وجماهير الشعب المصرى التى تقاعست عن حماية الدستور الذى أقسمت صراحة فى وثيقة اعلان الدستور على بذل كل الجهود لحماية الدستور وتحقيق حرية الأنسان وكرامة الفرد كما شجع السلطه الحاكمة فى مصر على ممارسة التعذيب وتبنى سياسته تخاذل رجال النيابه العامة ورؤساء ووكلاء المحاكم الابتدائية والاستئنافية عن أداء واجباتهم المنوطة بهم والاضطلاع بمسئولياتهم أو مباشرة صلاحاتهم المنصوص عليها فى المادة ٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية سالفة الذكر من ضرورة زيارة السجون والتفتيش عليها والتأكد من عدم وجود محبوس بدون وجه حق أو قانونى وسماع شكاوى المسجونين الأمر الذى نتج عنه أحساس المسئولين عن السجون بانعدام الرقابه عليهم وهو نفس الأمر الذى نتج عن عدم التزام النيابة بالانتقال الى السجون عند تبليغها بوجود محبوس بصفه غير قانونيه أو فى محل غير مخصص للحبس على النحو الوارد فى نص المادة ٤٣ من قانون الاجراءات الجنائية والتأكد من عدم دخول رجال السلطة أو مباحث أمن الدوله للسجون وتعذيب المسجونين أو الاتصال بهم والتأثير عليهم بأى شكل من الاشكال ، وكذلك التأكد بمعرفة النيابه من أن جميع احكام قانون الاجراءات الجنائيه ولائحة السجون والدستور مطبقه تماما دون ادنى تعطيل أو تجاوز ولا جدال أن جميع تلك السلبيات وغيرها من التجاوزات غير المسئولة على جميع المستويات بلا استثناء قد أودت بالبلاد الى الحضيض فى مجال حقوق الانسان ودخلت بها فيما يمكن تسميته بعصر التعذيب وانتهاك حقوق الانسان المصرى وآدميته الذى لم تسمع عنه مصر أو تراه من قبل والذى يشعر معه الكافه بخطورة نهايته والبلاد تعانى الأهوال من نار الغلاء الملتهب والبطالة والفقر والمرض والجهل والفساد والانحراف والديون الغارقه فيها مصر والتمزق الاجتماعى والانهيار الاقتصادى والضياع السياسى الذى تعانيه ، وتلك جميعها لا شك مقدمات أو مبررات ومسببات لا نفجار ضارى أو ثوره عارمة قد تعصف بالبلاد فى لحظه من اللحظات .

وغنى عن البيان أنه رغم النص الدستورى للمادة ٥٧ سن الدستور على أنه لا تسقط الدعوى المدنيه والدعوى الجنائية الناشئتين عن التعذيب أو الاعتداء على الحريه الشخصيه أو حرمة الحياة الخاصة ، وأن الدولة تكفل تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء - رغم كل ذلك فقد انتشر جرائم التعذيب فى

مصر داخل جميع السجون والمعتقلات ومراكز وأقسام الشرطه بلا استثناء وتتم تلك الجرائم المتوحشه النكراء تحت سمع وعلم ومسئولية كافة المسئولين المناط بهم ضبطها أو عدم ممارستها ومحاربتها وعقاب مرتكبيها ويعتبر رئيس الدوله ذاته بصفته رئيسا للسلطة التنفيذية مسئولا بل أول المسئولين عن أى فسادا أو انحراف أو تجاوز أو مروق أو خروج على الدستور والقانون يصدر عن أحد رجال السلطه التنفيذية التى يرأسها باعتبار أن كل رئيس يسأل عن تجاوزات مرووسيه فى عمله أو بسببه ـ كما لا يعفى من المسئوليه ايضا رجال النيابة ورؤساء المحاكم الابتدائيـة والاسـتئنافية الذيـن قصروا فى حمل الامانه التى حملهم بها المشرع فى المادة ٤٢ اجراءات جنائية على نحو ما سبق ذكره من المبادرة الى التفتيش على السجون العامة والمركزية وسماع شكوى المحبوسين فيها ، كما لا يعفى من المسئوليه أيضا كافة القضاة والمحاكم التى تأخـذ بالاقـوال أو الاعترافات الصادره عن ضغط أو اكراه أو تعذيب وتعول عليها فى احكامها .

ومن دواعى الاسى والمرارة أن تقاعس كل هؤلاء وغيرهم من المسئولين عن ملاحقة التعذيب والقصاص من مرتكبيه كان له اسوأ الأثر فى انعدام الرقابة وانتشار التعذيب على أشده بشكل مفزع داخل السجون والمعتقلات ومراكز واقسام الشرطة كما ذكر وتحوله الى ظاهرة حكم واسلوب عمله تحول لجريمة نظام دخل قفص الاتهام .

ومن المحزن أن الأمر لم يقف عند هذا الحد بل وصل حد التردى أن السلطه أصبحت تمارس الضغط على جهـاز نيابـة أمـن الدولة باعتباره جهة اداريه تابعه للسلطه التنفيذية لكى تجرده من سمات الحيدة والاستقلال وتفرض عليه التبعيه لها ولتوجهاتها .

والجدير بالذكر ان الهيئات المختلفه المشتركه فى عمليات التعذيب تبين لنا مدى مسئولية الحكومة فى ممارسة التعذيب ففى اغلب الاحيان تشترك فيه عناصر من مخابرات الجيش أو الأمن القومى أو الشرطـة أو ضبـاط موظفى السجون ومباحث أمن الدوله ، وهذا يوضح الصفه الرسميه لعمليات التعذيب ، والصورة العامه التى تتضح من هذا هى وجود مجموعات مدربة تدريبا خاصا على تنفيذ أعمال التعذيب تعتبر نفسها تؤدى دوراهاما فى الحفاظ على أمن الدولة أو بالأحرى أمن السلطه ، ويعزز الاعلام الحكومى هذا الشعور وينميه لدى تلك المجموعات الأمر الذى خلق ظاهرة العنف الذى نضطر الى ممارسته فئات المعارضه ضد الحكومه أو تلك المجموعات .

وغنى عن البيان أنه وإن كان افراد تلك المجموعات يدركون تماما أن يمارسونه من تعذيب هو من الافعال الاجراميه فانهم يدركون أيضا ان رؤساءهم سوف يتسترون عليهم ويحمونهم اذا ما حدث فى يوم من الايام وهذا أمر بعيد الاحتمال وقدموا للمحاكمه فان السلطه المحاكمه تتعهد بحمايتهم والتحصل على حكم ببرائتهم كما حدث فى قضية التعذيب عندما قدمت النيابه بناء الى طلب محكمة الجهاد ٤٤ ضابط شرطه للمحاكمة بتهمه تعذيب المتهمين فى قضيه الجهاد لسنة ١٩٨١ وبالفعل صدر الحكم فى نهاية المحاكمه ببراءتهم ليعود التعذيب اشد عودا وصلابة بدءا من الأيام الأولى من الاحتجاز وهى الفترة التى يقضيها المحتجز عادة فى الحبس الانفرادى وتتحكم

قوات الأمن والمباحث تحكما تاما فى مصيره وتمنع اقربائه وذويه ومحاميه أو أى طبيب حكومى من زيارته كما يجرى اعتقال البعض فى اماكن سريه ولا تذكر السلطات انها اعتقلتهم ليسهل عليها القيام بتعذيبهم أو قتلهم أو اختفائهم لهذا فان تعطيل الاجراء الخاص بضرورة مثول المتهم أمام المحكمة وغيره من التدابير القانونيه ومحاكمة المحتجزين فى محاكم عسكرية وعدم وجود هيئه مستقله محايده لها حصانة لفحص الحالة الطبيه للسجين وتدوينها فى سجل خاص كل ذلك يمكن السلطه وقوات الامن ورجال المباحث من اخفاء أدلة التعذيب عن المحامين والقضاه الطبيعيين والأطبـاء المستقلين وغيرهم ممن يستطيعون أو يملكون تحريك الدعوى العمومية ضد تلك الاعمال غير المشروعه والقائمين بها أو مرتكبيها ولقد أضحى أيضا من العوامل الرئيسيه التى تشجع على ممارسة التعذيب قبول بعض المحاكم الاقوال والاعترافات المنتزعة تحت التعذيب سواء كانت محاكم عسكرية أو غير عسكرية سيما اثناء فتره الحجز الانفرادى ورفضها ادانة القائمين بالتعذيب بالرغم من وجود أدلة دامغه ، وفرض الرقابه على ما ينشر فى هذا الخصوص أو منع النشر مطلقا

وازاء كل ما تقدم من حقائق مذهله ومعطيات دامية وبعد ما أصبح التعذيب ظاهرة عصر وجريمة نظام دخل قفص الاتهام ومحاكمة له وادانة فى ضمير الجماعة الانسانية وتحت بصر عدالة السماء التى لن يفلت منها منحرف أو متواطئ .

من حصاد ما تقدم يضحى لا مندوحة من حتمية مقاومة التعذيب فى كل صوره وأشكاله وتصبح مقاومته فرض عين على كل مواطن أو فرد أو جماعة ، وعلى العاملين أو المشتغلين بالقانون من محامين وقضاه ورجال النيابة والأطباء ورجال السلطة والأمن والشرطه ذاتهم من الشرفاء ورجال الصحافة الاحرار وكافه رجال الاحزاب الشريفه الشرفاء غير المستأنسين والعاملين أو المشتغلين بالعمل العام الحر والدفاع عن الحريات وحقوق الانسان سواء على الصعيد المحلى الداخلى أو العالمى الخارجى ، وغيرهم من الكافة والشعب المصرى بأسرة فى جميع قرى مصر وحقولها ومدنها ، ومصانعها ومواقع العمل والفكر فيها ، وفى كل موقع يشارك فى صنع الحياة على ترابهاأو يشارك فى شرف الدفاع عن تراب مصر من أجل أمانة التاريخ الحضارى لهذا البلد الأمين والحفاظ على النضال الطويل والشاق واستمرارا لهذا النضال العظيم ذو العمق التاريخى ضد القهر والتخلف وامتهان آدمية الانسان المصرى وكرامته ، حتى يكلل فى النهايه هذا النضال بالنجاح ، ولن يتأتى ذلك الامن خلال حرب مقدسة ضارية شرسة ضروس يخوضها كل الشعب المصرى بلا هواده ضد التعذيب وزبانيته من أجل التخلص من التعذيب وتصفية مدارسه وقطع دابره واستئصال شأفة زبانيته بعد ما أصبح لا محل لوجوده بين الأمم فى عالم متحضر أشرقت فيه شمس حقوق الانسان مبهرة ساطعة بضوئها ونورها ، حامية الوطيس بنارها ولظاها لتحرق زبانية التعذيب والقراصنة وتجار العبيد من أعداء الشعوب والبشر وبنى الانسان ، وتخلص الانسانية .

حماية الحرية في مواجهة التشريع
دراسة في دستورية التشريعات المقيدة للحريات

للسيد الدكتور / وجدى ثابت غبريال - مدرس القانون
العام كلية الحقوق - جامعة القاهرة - فرع بنى سويف

مقدمة عامة

ليس كافياً ، لضمان حرية الفرد أن يعترف بحقوقه وحرياته إعترافاً رسمياً أو نظرياً فحسب . ذلك أن أعلانات الحقوق والدساتير المقررة للحقوق والحريات العامة ، تكملها التشريعات التى تتولى وضع القواعد التنفيذية للنصوص الدستورية المقررة للحق أو الحرية .

أما الأنظمة التى تقتصر على الأعلان الشكلى عن وجود حقوق وحريات فردية للمواطن ، دون أن تتولى التشريعات تنفيذ هذا الأقرار الدستورى بكفالة الحرية ، إنما هى أنظمة تعجز عن تحقيق تمتع المواطن بجرياته الفردية (١)

فالنظام القانونى للحريات العامة LEREGIME JURIDIQUE DES LIBERTES PUBL IQUES يتألف من مجموع من النصوص القانونية التى تنظم موضوع الحريات العامة بصورة تكفل للمواطن ممارستها ، وتكفل فى الوقت ذاته حماية النظام العام فى المجتمع .

والأصل ان هذه النصوص تتيح للفرد التمتع بحرياته الأساسية ، وفقاً للشروط والأوضاع التى تكفل حماية النظام العام وبذلك يمكن فض التعارض بين السلطة والحريــة .

هذا ، ويتكون النظام القانونى للحريات العامــة من مراتب ثـلاث من النصوص القانونيه : -

أولا : النصوص الدستورية :

التى ترسى مبادئ الحقوق والحريات الفردية ، وتقررها على نحو يكفل تمتع الأفراد بها فى دولة القانــون .

ثانيا: النصوص التشريعية :

وهذه تنفذ النصوص الدستورية وتتطابق معها فى مضمونها .والأصل الا يخرج دورها عن الدور المنفذ لإ رادة السلطة التأسيسية القائمــة بوضع الدســتور . وهـو ما يتبدى فى تكملة النصوص الدستورية بوضع بعض الأجراءات المنظمة لممارسة الافراد لحقوقهم وحرياتهم فى المجتمع ، مع كفالة هذه الحريات فى حدودها المقرره دستوريا .

ثالثا : النصوص اللائحية :

وهذه تضعها الادارة من أجل تحقيق أعراض الضبط الأدارى . وهذه النصوص تفرض قيوداً على ممارسة الأفراد لحرياتهم من أجل تحقيق النظام العام والحفاظ على الصحــة العامــة والســكينة العامة (٢) وغنى عن البيان أن هذه الطائفة من النصوص القانونية تضعها الادارة فى سبيل أدائها لوظائف الضبط الادارى ، بينما يقوم البرلمان بوضع الطائفة السابقة مــن النصــوص (النصــوص التشريعية) بقصد تنظيم ممارسة الأفراد للحقوق والحريات المقررة دســتوريا .

ومن جماع هذا الشمل من النصوص القانونية ، يأتلف النظام القانونى للحقوق والحريات العامة ، فى النظام الدستورى المصرى .

وجدير بالذكر ، ان وجود هذه القواعد القانونية يفترض ، ابتداء قيام دولة القانون .LETAT DE DROIT وهى الدولة التى تتقيد فيها الأجهزة الدستورية والتشريعية والتنفيذية والقضائية بالقواعد القانونية المجردة والموضوعة سلفاً ، أى تتقيد بحكم القانون (٣) . فقيام الدولة القانونية هو شرط لا غنى عنه لقيام الحرية فى أى مجتمع وضرورى لممارسة هذه الحرية بصورة تكفل تمتع الأفراد بها .

والمشكلة التى ينشغل بها هذا البحث تثور عندما يمارس البرلمان سلطته التشريعية ليرسى القواعد القانونية المنفذه لارادة السلطة التأسيسية والمكملة للنصوص الدستورية ، فإذا به لا ينفذ إرادة تلك السلطة ، ويخالف هذه النصوص .

فإذا أقر الدستور حرية ما ، ثم أصدر المشرع قانونا يقيد من ممارسة هذه الحرية ، حائلا دون التمتع بها ، تكون حيال قانون غير مطابق للنص الدستورى الذى يعلوه فى المرتبة وفقا لمبدأ التدرج الذى يقوم عليه مبدأ المشروعية فى جانبه الشكلى .

كذلك تثور المشكلة ، حينما ينظم الدستور حرية من الحريات أو حقا من الحقوق العامة ، ويعطى للمشروع (البرلمان) السلطة التقديرية للتدخل ، بتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق وطرائق استخدام تلك الحرية . وهنا تدق التفرقة - اذا ما خرج البرلمان عن الحدود الدستورية ، فأورد قيوداً على الحق أو الحرية - بين التنظيم المباح للحرية وبين إدخال مجموعة من القيود التى تحول دون التمتع بها ، أو على الأقل تجعل ممارستها أمراً يشق على المواطنين ، فيصبح النص الدستورى الكافل للحرية حبراً على ورق لا ضمانة ترجى منه ولاحق من خلاله يشع .

والواقع أن هذه المشكلة لا تثور بذات الكيفية فى الدول الديمقراطية التى تستند فيها الأجهزة التشريعية الى إرادة شعبية حقيقية ترعى مصالح أغلبية حقيقية لأفراد الشعب . حيث يتعذر فى مثل هذه الدول النيل من الحريات عن طريق التشريع المنظم للحرية ، لأن التشريع هنا يكفل الحرية وتمتع الأفراد بها ، فالقانون المقيد للحرية والمعبر عن إنحراف المشرع فى ممارسة الوظيفة التشريعية ، قد لا يتصور وجوده فى تلك الدول ، لأن الأغلبية القائمة بأصدار القانون - كأصل عام - غالباً ما تعبر بصدق عن رأى الشعب وارادته ، أو على الأقل تخشى الرأى العام وقوة تأثيره (٤) .

بينما فى دول العالم الثالث ، يسود مناخ سياسى مختلف تماما حيث تعانى هذه الدول من ضعف المؤسسات الدستورية والسياسية ومن تبعية هذه المؤسسات للسلطة التنفيذية وموالاتها لها .

وفى ظل هذا المناخ السياسى تصدر تشريعات تتضمن مساساً بالحريات العامة ، وانتقاصا منها ، يعبر عن إساءة السلطة التشريعية فى أستخدام وظيفتها .

ولعل التجربة الدستورية فى مصر تشير الى ذلك ، حيث صدرت فى الفترة ما بين سنة ١٩٧١ ، سنة ١٩٨٠ ، مجموعة من القوانين التى تنطوى على انتهاك للنصوص الدستورية المقررة للحقوق والحريات العامة .

كذلك تنطوى بعض هذه التشريعات على قيود تصل فى بعض الأحيان الى حد مصادرة الحرية بحرمان بعض الفئات منها ، وفى معظم الأحوال ،

كان هذا المساس بالحرية يتم تحت ستار ما خوله الدستور للتشريع من مكنة تنظيم ممارسة الحريات العامة .

ومن هنا ، بدت الحاجة ماسة لمعالجة هذا الموضوع ، ذلك أن المشكلة تبدو فى نظرنا شديده الألحاح والخطورة . فالقانون المناهض للحرية يعد من أبشع صور الأستبداد الذى لا يسوغ وجوده فى مجتمع متحضر ، فهو تقنين للظلم وأغتيال للحرية بحكم القانون مما لايسوغ معه إدراج هذا التشريع .فى عداد مصادر النظام القانونى للحريات العامة ، لأن من المفترض أن تتناغم عناصر هذا النظام القانونى وقواعده ، ومن غير المتصور أن يصبح التشريع المخالف للدستور والمقيد لحرية قررتها نصوص الدساتير ، أحد مصادر النظام القانونى المنظم لممارسة الحرية ، لأن معنى ذلك أن يوجد نص دستورى أعلى يكفل الحرية ، ويوجد نص تشريعى أدنى يهددها أو ينتقص منها .

وفى ذلك تناقض غير مفهوم لا يستقيم معه النظام القانونى للدولة القانونية ، مما يستتبع إستبعاد هذا الكيان التشريعى الفاسد ليتسق البنيان القانونى للحريات العامه ككل واحد منسجم فى قواعده معا .

ولقد أقر الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١ بصراحة مبدأ الحرية ، الا أنه فرق فى هذا الصدد بين نوعين من الحريات :ـ

النوع الأول : وهو يشمل ما نظمه الدستور تنظيماً نهائيا لا يقبل التدخل التشريعى .

النوع الثانى : فيشمل ما أحال الدستور فى شأنه الى المشرع للقيام بتنظيمه . وهذا النوع الثانى من الحقوق والحريات العامة القابلة للتدخل التشريعى للقيام بتنظيمها هو ما يثير المشكلة التى يتناولها هذا البحث وينشغل بها . وهى أن التدخل التشريعى قد يستر خلفه تقييداً للحرية . ومن هنا نشأت الحاجة لحماية الحرية التى أقرها الدستور فى مواجهة التشريع الذى أسلم الدستور اليه أمر تنظيم ممارسة الحرية .

ففيما يتعلق بالحريات غير القابلة للتنظيم التشريعى (٥) :

لا تثور بشأنها صعوبة ولا تثير كذلك مشاكل متعلقة بالأنحراف التشريعى لأنه لا يتصور فى شأنها تدخل المشرع وهى الحريات التى غالبا ما يقرها الدستور بنصوصه التقريرية وينظمها على نحو نهائى قاطعاً فى ثبوت هذه الحرية أو ذلك الحق على نحو نهائى . ومثالها ما نص عليه الدستور من حق المواطن المصرى فى التمسك بعدم جواز أبعاده عن البلاد طبقا للمادة ٥١ من الدستور أو التمسك بمبدأ شخصية العقوبة طبقا للمادة رقم ٦٦ من الدستور ، أو التمسك بعدم جواز المصادره العامة لأموال الشخص طبقا لنص م٣٦ من الدستور .

ويلاحظ أن هذه الطائفة من الحقوق والحريات لم يقترن النص الدستورى عليها بعبارة فى حدود القانون أو وفقا للقانون . فهذه الطائفة نظمها الدستور على نحو نهائى ، وبالتالى لايجوز بشأنها التدخل التشريعى بأى وجه وإلا إعتبر التشريع مخالفاً مخالفة موضوعية صريحة لنصوص الدستور التى لم تفوض المشرع فى تنظيم هذا المجال من الحقوق والحريات العامة ..

وبديهى فى هذه الحالة ، أن الانتقاص من هذه الحريات لايتصور لأن هذا المجال ينأى ، كما قلنا عن دائرة التنظيم التشريعى .

ويستند النأى بهذه الحقـــوق عن دائـــــرة التنظيم التشريعى . فى تصورنا ، الى إعتبار قدرة المشرع الدستورى ، مقتضاه أن هذا المجال من الحقوق الأساسية ، يشكل ركيزة أساسية للنظام القانونى للحريات العامة ونطاقاً من المبـــادئ الأساســية التى لا يتصور إنتهاكها ولا يجب أن تترك دون أن يفصل فيها الدستور بصورة نهائية .

فتحصين أى عمل فى مواجهة القضاء ورقابته على أعمال الادارة طبقا لنص مادة ٢/٦٨ ، وكذلك ، المصادرة العامة لأموال الناس وتسليم اللاجئين السياسين (م٥٣) وعزل القضاة (م ١٦٥ ، م ١٦٨) وغيرها من الأعمال انما تنتهك المبادئ الأساسية التى يقوم عليها النظام القانونى للحريات العامة فى مصر . ومن ثم يجب أن يقررها الدستور بصفة نهائية وصريحة منذ البداية ، ولا يترك هذه الضمانات دون تنظيم نهائى نهباً للسلطة التقديرية للمشروع ، فأذا شاء نظمها واذا شاء أحجم عن تنظيمها

وهكذا ، لا يدع الدستور مجالاً للمشرع للتدخل فى هذا النطاق من الحقـــوق والحريـــات العامــــة . فالدستور أوصد الباب فى وجه التشريع لتناول ذات المادة التى يكون الأول قطع فيها بحكم معين لذا يسوغ القول فى هذا المجال ، بأن إختصاص المشروع مقيد تماما ، ولا يملك أية سلطة تقديرية حيال نص دستورى مانع لأمر معين ، فى تقييد هذا المنع طالما كان المنع عاماً والنص عاماً . وتبعاً لا يجوز للمشرع مثلا أن ينظم فى تشريع خاص أحوال المصادرة العامة للأموال ، ولا يجوز له كذلك أن يبيحها بقيود . لأن حظر م ٣٦ جاء عاما مطلقا ، لايجوز للمشرع انتهاكه .

كذلك الشأن لا يجوز للمشرع أن يصدر قانونا ينظم فيه أحوال عزل القضاه أو الحالات التى يجوز فيها تحصين عمل من الأعمال فى مواجهة رقابة القضاء ، بأعتبارأن هذه الحالات محظورة حظرا مطلقا طبقا للنصوص الدستورية المانعة من التدخل التشريعى .

أما فيما يتعلق بالحريات القابلة للتنظيم التشريعى (٦) : ـ

فهذه الحريات قد أحال الدستور الى التشريع لينظمها ، وهى على عكس الطائفة الأولى من الحقوق والحريات العامة ، فهذه الطائفة يجوز للمشرع القيام بتنظيمها شريطة ألا يؤدى التدخل التشريعى الى أمر من الأمور الآتية : ـ

أ) الأنتقاص من الحق أو الحرية

ب) إهدار الحق أو الحرية إهداراً تاما بمصادرة الحق أو الحرية

جـ) فرض قيود عليها على نحو يجعل أستخدام الحق أو الحرية شاقاً على الأفراد .

ومثال هذا النوع من الحقوق والحريات يشكل غالبية الحقوق المنصوص عليها فى الدستور ، كحرمة المسكن وحرية الرأى وحرمة الحياة الخاصة وسرية المراسلات وحرية العقيدة والتعبير عن الرأى وحرية الصحافة وحق الاجتماع . العام وتكوين الجمعيات وأنشاء النقابات والانتخـــاب والترشيح وغيرها من الحقوق والحريات التى قرن الدستور إقرارها بعبارة " فى حدود القانون " أو طبقا للقانون " ومعنى ذلك أن المتمتع بهذه الحقوق والحريـات يجـب أن يكـون فى الحدود التى يرسمها التشريع المنظم لكيفية ممارسة الحق أو الحرية . فتنظيم ممارسة الحق أو الحرية على مســـتوى المجتمع أحـــال بشأنه الدســـتور الى القانـــون أى الى الســـلطة التشريعيـــة التى تتمتع بالتدخل فى هذا المجال ، بسلطة

تقديرية إستناداً الى عبارة فى حدود القانون أو فقا للنصوص التى أوردها الدستور بالنسبة لهذه الطائفة من الحقوق (٧) .

وحق المشرع فى التدخل بناء على تلك السلطة التقديرية ينحصر فى تنظيم ممارسة هذه الحريات ، ويقف عند التنظيم الذى يسمح باستعمال كل فرد للحرية على نحولا يتعارض مع استخدام الآخرين . أما إذا تدخل المشرع تحت ستار التنظيم وصادر الحرية تماما ، فأنه بذلك يعد قد انتهك الدستور (٨)

ونرى أنه ينتهك الدستور اذا ما تدخل تحت ستار التنظيم فحرم فئة من الفئات الأجتماعية من إحدى الحريات أو اذا إنتقص من الحرية فى مواجهة .مجموع المواطنين أو إذا افرض قيوداً على ممارسة الحرية تجعل استخدامها شاقاً على الناس

فالسلطة التقديرية للمشرع إذن ليست مطلقة ولا تعنى اطلاق يد المشرع عند قيامه بمهمة تنظيم ممارسة الحرية ، وأنما يقوم المشرع بمهمته التى تحدها قيود ثلاثة : ـ

١- أول هذه القيود هو عدم مصادرة الحق أو الحرية : فالدستور حتى ولو أجاز للمشرع تنظيم هذه الطائفة من الحقوق ، الا أنه أيضا أقرهامن حيث المبدأ ، ولا مفر عند التدخـــل لتنظيمها أن يؤكـــد التشريع هذا الأقـرار الدستورى ، ومن ثم لا يستطيع نفيه أو مصادرته .

٢- وثانى هذه القيود هو عدم جواز الانتقاص من الحق أو الحرية ويســـتمد هذا القيــد من المفهوم الديمقراطى للحرية ، فطالما سمح الدستور بحرية ما فلا يجوز التمتع بها منقوصة ولابد من التمتع بها كاملة ويقتضى بحريــة كمــال التمتع بالحرية أمرين : ـ

أولا : مساواة جميع المواطنين فى التمتع بها طبقاً للمادة ٤٠ من الدســتور التى تجعل من جميع المواطنين سواء فى التمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات العامة . ومن ثم لا يجوز حرمان طائفة من ممارسة الحرية وتمتع طائفة أخرى بممارستها كما لا يجوز اعطاء فئة من الفئات حق معين وحجبه عن فئة أخرى . فطالما تساوت المراكز الموضوعية لأشخاص ، تساووا فى الحقوق والواجبات .

لذا فالتدخل التشريعى بتنظيم إستخدام حرية من الحريات يجب أن يراعى هذا الأعتبار ، ويجب أن يسمح بتمكين المواطنين على قدم المساواة من ممارسة الحق أو الحرية موضوع التنظيم .

ثانيا : يقتضى تمــام التمتــع بالحرية أو الحق ألا ينتقص التشريع من مضمون الحرية ذاتها ، كأن ينص مثلا على حظر التعبير عن الرأى فى الصحف ووسائل النشر أو أن ينص التشريع على عدم التمتع ببعض وجوه الحرية أو الحق أو بعض جوانبهما .

ومن امثلة ذلك : أن ينص التشريع على حالات يحدث فيها مساس بالحرية الشخصية فى غير الأحوال المقررة دستوريا .أو أن ينص على حالات معينة لأستخدام الحرية ، وحالات أخرى لا تستخدم فيها دون سند دستورى .

٣- وثالث هذه القيود هى عدم جواز فرض قيود على الحرية تجعل إستخدامها شاقاً مرهقاً على الأفراد فتنظيم الحرية يجب أن يدور فى حدود مقاصد الدستور وغاياته . والغاية من التشريع الذى يفرض قيوداًغير مبررة دستورياً ، على الحرية ، تصبح خارجة تماماً عن نطاق غاية الدستور ومقاصده . وعلى ذلك ، فالمشرع يجب أن يراعى مقاصد الدستور ويتوخى

في تشريعه ذات الغايات التي ينشدها المشرع الدستوري ، مع الأخذ في الأعتبار الطابع التنظيمي للتشريع ودوره في الحفاظ على النظام العام والأمن العام في المجتمع .

ومن أمثلة هذه الطائفة من الحقوق والحريات العامة التي أجاز الدستور للمشرع التدخل بتنظيمها ما نص عليه المشرع الدستوري في م٤١ من جعل التمتع بحرمة الحياة الخاصة مكفولاً في الحدود التي يضعها القانون وكذلك نص م ٤٤ المتعلق بحرمة المسكن وعدم جواز تفتيشه ولا دخوله إلا في الأحوال التي يبينها القانون . وهي عادة أحوال يجب أن تتصل بحماية الأمن العام للمجتمع ودرء خطر الجريمة عنه .

وكذلك الحال في حرية الرأي والتعبير وحق الاجتماع ، فكلها حقوق أعطى للقانون أن يرسم حدود التمتع بها وممارستها بالصورة التي يكفل قيامها وأستمرارها وتمتع جميع المواطنين بها على حد سواء

الفرق بين الطائفتين من الحقوق والحريات :-

يتمثل الفرق بين الطائفتين من الحريات في أن النوع الأول الذي لا يقبل التنظيم أو التدخل التشريعي ، حرص الدستور على أن ينظمه بصفة نهائية فلم يقترن النص عليه بتعبير " في حدود القانون " أو " وفقا للقانون " .ومن ثم إستحال التدخل التشريعي للمساس بهذه النصوص . لأن الدستور لم يفوض البرلمان في تنظيم موضوع هذه الحرية .

أما النوع الثاني : فقد تضمن تقرير بعض الحريات مع ذكره تعبير " في حدود القانون " أو " وفقا للقانون " ، وبالتالي فوض الدستور البرلمان في وضع القوانين التي تكفل ممارسة هذه الحرية وتنظيمها .

ويثير هذا النوع الاخير المشكلة التي ينشغل بها هذا البحث لأن السلطة التقديرية التي منحها الدستور للمشرع العادي في تنظيم كيفية ممارسة الحقوق والحريات العامة ، قد يساء إستخدامها وقد تتجاوز القيود البديهية المفروضة عليها والتي سبقت الاشارة لها منذ قليل .

والفارق دقيق جداً بين تشريع يراعي هذه القيود فيعتبر منظماً لاستخدام وممارسة الحريات ، وبين تشريع آخر يغفلها أو يهدرها ، فيخرج عن حدود السلطة التقديرية للمشرع ومن ثم يعاب بالانحراف في استخدام السلطة التشريعية .

وبعبارة أخرى ، يجب أن نفرق بين تنظيم ممارسة الحرية عن طريق التشريع الكافل لها والقائم بوضع ترتيبات وإجراءات تنظيم كيفية ممارستها ، وبين تشريع أخر يضع قيوداً تحد من ممارسة الأفراد للحريات الأساسية المقررة لهم دستوريا أو تنتقص من حقوقهم جزئيا أو تهدرها إهداراً كليا .

غير أنه قبل أن نتطرق لهذه التفرقة التي نخصص لها السطور التالية من هذا البحث ، يتعين أن نعرض لبعض النماذج التشريعية من القوانين الماسة بالحريات ، ومن خلالها تتبين لنا أمثلة لتشريعات قيدت ممارسة الحرية أو أهدرتها أوإنتقصت منها بصورة ملحوظة . وذلك حتى نستطيع أن نقف على الدور الحقيقي للتشريع المنظم للحرية وكيف أمكن للمشرع المصري الخروج على هذا الدور .

كذلك ، فإن دراسة النظام القانوني للحريات العامة في النظام الدستوري المصري لا تقتصر على

دراسة النصوص الدستورية المقررة فى الدستور وحسب ، وأنما تمتد إلى دراسة التنظيم التشريعى الذى قام به المشرع للحريات العامة فى النظام الدستورى المصرى .

وهكذا ، فان دور المشرع العادى فى وضعه لتلك التشريعات كان يثير تساؤلا هاما : هل كان التشريع الموضوع لتنظيم الحريات التى تناولها ،

مكملا ومنفذ لإدارة المشرع الدستورى ، أم أنه تجاوز هذه الارادة وخالف القيود سالفة العرض متجاوزاً حد التنظيم الى الإنتقاص أو الإهدار أو التقيد ؟

وهذا السؤال نعنى بالاجابة عليه خلال المبحث القادم لكن الاجابة على هذا السؤال لا تتيسر ما لم نحلل النصوص الدستورية المقررة للحريات تحليلا قانونيا يفصح عن مدى سلطة المشرع ازاءها .

فالمستعرض للنصوص الدستورية المنظمة للحريات العامة يجدها تنبع من مبدأ أساسى ، يقوم عليه النظام القانونى للحريات والحقوق الفردية ، ألا وهو مبدأ المساواة بين المواطنين فى الحقوق والحريات والأعباء العامة م ٤٠ من الدستور .

بينما المستعرض للنصوص التشريعية التى نظمت بعض الحقوق والحريات يجد أنها أخلت إخلالاً واضحاً وجسيماً بمبدأ المساواة فإقرار الدستور للمبدأ ، على الرغم من أنه ورد مطلقاً ولا يقبل التقييد إلا أنه لم يراع من قبل المشرع العادى فى بعض النصوص التشريعية التى حرم بموجبها البعض من مباشرة ذات الحقوق والمزايا التى تتمتع بها فئات إجتماعية أخرى ، على نحو ما يرد البيان فيما بعد .

القيود التشريعية الواردة على الحريات العامة فى النظام الدستورى المصرى .

الأصل فى دول العالم المتحضر وفى الديمقراطيات الغربية ، أن الدساتير تحمى الحريات وتكفلها . ولكى يتحقق ذلك ، أعطت الدساتير للسلطة التشريعية المنتخبة من الشعب (المجلس النيابى) سلطة تنظيم الحريات العامة على النحو الذى يكفل تمتع الأفراد بحرياتهم .

وإمعانا فى الضمانات ، نص دستور فرنسا الصادر فى الرابع من أكتوبر سنة ١٩٥٨ (دستور الجمهورية الخامسة) فى المادة الرابعة والثلاثين منه ، على قصر سلطة تنظيم الحريات العامة على البرلمان فقط . فلا يجوز التدخل فى مجال الحريات الا بقانون . فالحقوق والحريات العامة والضمانات الأساسية المقررة للمواطنين من الموضوعات التى يأتلف منها المجال المحتجز للتشريع فى النظام الدستورى الفرنسى .

ولا غرابة فى الأمر ، ذلك أنه إجلالا للتشريع فى الدول الديمقراطية ،إعتبر التعبير عن الارادة العامة للأمة ، ومن ثم بدت مسألة إخضاعه لرقابة القاضى الدستورى متنافيه تماما مع التقليد الفرنسى القديم ، إذ لا يتصور أن يخضع إرادة الشعب لأية رقابة .

ويستمد القانون قد سيته ، ليس فقط من إعتباره التعبير عن الارادة العامة للأمة ، كما ذهب الفكر الفرنسى ، بل أيضا من أسلوب صياغته ، فالقاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة ، يشترط لصدورها التصويت والموافقة عليها من جمعية نيابية منتخبة من الشعب وممثلة له تمثيلا صحيحا .

وكما يقرر بحق الاستاذ " روبير " أن ضمانه تنظيم الحرية بقانون ، من الضمانات الأساسية ، لأن صدور قانون عام مجرد ، لا يمكن أن يستهدف أشخاصاً معينين بذواتهم ، حتى لو انطوى على قيود مفروضة على الحريات ، كما أن صدور القانون من السلطة المنتجة يضمن تحقيق المساواة بين المواطنيـــــن فى ممارســـتهم لحرياتهم (٩) .

أما فى مصر ، فأن الضمانة التى يحققها التشريع فى مجال الحريات العامة تبدو ومحل نظر الى حد كبير ، لأن القيود التى أوردها المشرع المصرى من خلال تشريعات عديده متعاقبه قد قيدت جوانب عديده من الحقوق والحريـــات الأســـاسية المقـــررة دستوريا ، على نحو أدى أحيانا الى إزهاق النص الدستورى الكافل للحرية ، وهو ما يعبر عن عدم وعى المشرع المصرى بمفهوم التدخل التشريعى فى مجال الحقوق والحريات العامة.

وبالاضافة الى ذلك ، فإن دراسة النصـــوص الدســـتورية فحسب لا تعطى صورة صادقة لما يتمتع به الأفراد من الحريات فعلا فى بلد من البـــلاد .

ذلك أن الدساتير لا تنص على الحريات إلا فى عبارات عامة دون بيان لكنهها وشروط مزاولتها ، وإنما يترك هذا كله للقوانين (١٠)

لذا ، لزم أن نشير الى القوانين المتعلقة بتنظيم بعض الحريات العامة وهى : -

١- القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ المتعلق بحق الاجتماع .

٢- القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ المتعلق بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب .

٣- القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية وتعديلاته بالقانون ١٤٤ لسنة ١٩٨٠ .

٤- القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخليـة

٥- القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب .

محاولة التفرقة بين " تنظيم " الحرية " وتقييدها "

اذا كانت القاعدة المسلم بها فى الدول الديمقراطية هى السماح للمشرع بتنظيم ممارسة الحقوق والحريات العامة ، فأن هذه القاعدة تستند الى ما يحققة التشريع من ضمانات المناقشة والعلانية . فضلا عما يتصف به التشريع من عمومية وتجريد . وعدم أنصرافه الى شخص بذاته أو حالات خاصة بعينها . هذا علاوة على أن التشريع يتمتع بمبدأ عدم جواز الرجعية الى الماضى .

وتتمثل الفلسفة التى تبرر اعطاء المشرع سلطة تنظيم مباشرة الحقوق والحريات العامة فى الصفة التمثيلية للجهاز التشريعى . فالبرلمان ، بحسب الأصل ، يكون منتخبا من الشعب ويعبر عن إرادة أغلبية الشعب .

وبموجـــب هـــذه الفلســـفة الديمقراطية أصبح من الجائز أن يتدخل التشريع فى مجال الحقوق والحريات العامة ، بأعتباره أصلح الأجهزة القادرة على ذلك ، بحكم تمثيله ونيابته عن الشعب .

ومع ذلك ، وعلى الرغم من أن القانون فى ظل تلك الفلسفة ، هو التعبير عن الأرادة العامة للأمة ، إلا أن قيـام عيـب الانحراف فى أستعمال السلطه التشريعية واساءة تقدير المشرع عند أســتعمال تلك السلطات ، هو أمر وارد بطبيعة

الحال . وينشأ ذلك غالبا فى دول العالم الثالث ، ومنها مصر ، حيث لا تعبر الأغلبية البرلمانية عن ارادة أغلبية الشعب بوجه عام ، فإذا بها تتغول على حقوق حينا ، وتهدر حرياته حينا آخر . وهو ما يعرف فى النظم السياسية ، باستبداد البرلمان . ويقصد به أن الأغلبية البرلمانية لا تمثل بحق رأى الشعب ، ولا تعبر عن رغباته وتطلعاته .ومن ثم لا يصدر القانون متفقا مع إرادة الشعب ولا منسجما مع رغباته ولا صدى لحاجاته ، لأن ليس من المتصور أن تصدر الأغلبية الحقيقية للشعب تشريعات تصادر حقوقه وتنتهك حرياته .

لذا ، فمشكلة التشريع المقيد للحرية على خلاف مقتضى النص الدستورى الكافل لها ، هى مشكلة يجدر حلها بالنظر الى الحدود الواردة على سلطة الجهاز التشريعى عند قيامه بمهمته التشريعية فى مجال الحقوق والحريات العامة ، وهو ما لا يتأتى الا بالنظر الى حدود ما فوضه الدستور فى تنظيمه وغاية القاعدة الدستورية الكافلة للحق أو الحرية ، ومدى خروج المشرع على حدود تلك الغاية .وليس فى نيتى وضع معيار موضوعى قاصل (بالمعنى الدقيق لكلمة معيار) للتفرقة بين تنظيم الحرية وتقييدها ، فهذا المعيار غير موجود . ولا توجد قاعدة معيارية فارقة تفصل بين التقييد والتنظيم عند تدخل المشرع فى مجال الحقوق والحريات العامة .

انما ما تقوم به هو محاولة للتفرقة وليس معيارا للتفرقة . وهذه المحاولة تتخذ أساساً لها لحل المشكلة ، نص المادة الخامسة من الأعلان العالمى لحقوق الأنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ التى نصت على أنه : " لا يجوز للقانون أن يمنع الا التصرفات الضارة بالمجتمع ، وكل ما ليس محظورا طبقا للقانون لا يجوز منعه ، وما لا يأمر به القانون لا يجوز جبر أحد على إتيانه (١١)"

ويستخلص بعض الفقه من هذه النصوص النتائج الآتية : ـ

أولا : أنه لا يتولد أى واجب قانونى على عاتق الفرد الا إذا نص التشريع على هذا الواجب .

ثانيا : اذا كان التشريع وحده هو الناطق بالقاعدة القانونية ، فان جميع سلطات الدولة عليها أن تحترم ما تحمله تلك القاعدة ولا تستطيع أن تجبر أحداً على عمل لم ينص التشريع على القيام بـه (١٢) .

وبالاضافة الى هاتين النتيجتين هناك نتيجة أخرى نراها لا تقل أهمية عنهما وهى أن المشرع لا يتمتع بسلطة مطلقة فى تنظيم الحقوق والحريات العامة ، لأنه لا يجوز له أن يمنع أو يقيد الا التصرفات الضارة بالمجتمع على نحو ما تنص المادة الخامسة من هذا الأعلان . وتبعاً فما لم يكن النشاط الانسانى ضاراً بالمجتمع ككل على نحو أو آخر ، فأن المشرع لا يملك حظره ، فى ضوء المبادئ التى قررها هذا الاعلان العالمى كضمانة تحول دون إستبداد المشرع أو إنحرافه بالسلطة فى مجال الحقوق والحريات العامة .

ومقتضى ذلك النص ، أن القيد الوارد على الحرية لا يتصور الا اذا كان المشرع قد حظر نشاطاً لا يشكل إضراراً بالمجتمع ، ففى هذه الحالة يعد قد إنتقص من الحرية لقيامه بمنع نشاط يمثل جانباً من جوانب ممارسة الحرية دون أن تشكل ممارسة هذا النشاط أى أضرار بالمجتمع . وهنا يتبدى التقييد الحقيقى للحرية .

أما تنظيم الحرية فهو يدور

دائما فى إطار ما هو ضار بالمجتمع فيقوم المشرع بدرئه . لأن النشاط الذى يحظــره المشــرع يجب أن ينطوى على إضرار بالمجتمع وبالتالى تكون مهمته هى حظر كل نشاط يتمثل مع ممارسة احداث شئ من هذا الضرر بالمجتمع . وهنا تبدو مهمته مهمة تنظيمية بحتة لأنها لا تقتطع من وجوه ممارسة الحقوق والحريات الا ما هو ضار اجتماعية فحسب .

وهكذا يمكن القول بأنه فى ضوء " فكرة الاضرار بالمجتمع " يمكن للمشرع أن يتدخل فى مجال الحقوق والحريات العامة لتنظيمها ، ولكن سلطته التقديرية فى هذا المجال تظل دائما محفوفة بالقدر الضار بالمجتمع من النشاط الأنسانى الذى يقوم بحظره .

وعلى سبيل المثال ، يمكن أن تكون حرية الانسان فى التنقل ، حرية من الحريات التى يتدخل المشروع لتنظيمها ، ولكن حين يترتب على تلك الحرية هروب مجرم محكوم عليه بأحكام قضائية من أيدى العدالة ، أو حين يترتب على هذه الحرية ، الاطلاع على أسرار عليا للدولة لا يجوز الاطلاع عليها لمساسها بأمن الدولة الخارجى مثلا . هنا يصبح من واجب المشرع أن يتدخل لمنع الاضرار الاجتماعى الذى يمكن أن تلحقه ممارسة الحرية فى صورتها المطلقة بالمجتمع أسره وهنا لا يعتبر المشرع بحال قد قيد استخدام الحرية بل فقط نظم إستخدامها بالصورة التى تكفل أولا ممارستها وثانيا عدم الاضرار بالمجتمع .

وما يقال عن حرية التنقل يمكن أن يصدق بالنسبه لسائر الحريات كحرية التعبير وحرية ممارسة الشعائر الدينية وحرية الصحافة والنشر وغيرها من الحريات .

وهكذا يعتبر نص المادة الخامسة من الاعلان الفرنسى لحقوق الانسان والمواطن قد فصل ما بين سلطة المشرع فى تنظيم الحريات وسلطته فى تقييدها وذلك بنصه على عدم جواز التدخل التشريعى الا لمنع اضرار يلحق بالمجتمع .

وبعبارة أخرى ، يمكن القول بأن المشرع يعد دائراً فى دائرة التنظيم طالما يتناول ممارسة الحرية بترتيبات واجراءات تكفل حسن ممارستها بحيث لا تتحول هذه الممارسة الى نشاط ضار بالمجتمع ، وهنا تتوقف مهمة التنظيم . أما اذا كان المشرع يحظــر قدراً من النشــاط الذى لا يشكل إضراراً بسلامة المجتمع ، فأنه بذلك ينتقص من الحرية ويضيق من التمتع بها . كأن يفرض قيوداً تصادر جزءا من نشــاط مبــاح لا ينتج ضرراً إجتماعياً أو يحرم فئة من الفئات من ممارسة حقوقها ، ففى مثل هذه الأحوال يعتبر المشرع إنتقص من الحرية وأنحرف فى استخدام سلطاته التشريعية تحت ستار التنظيم .

ولعل الأمثلة التى عرضنا اليها فى السطور السابقة تؤكد وجود حالات كان النشاط المحظور فيها لايشكل ضرراً إجتماعياً ومع ذلك قرره المشرع مما يدل على أنه تجاوز دائــرة التنظيــم الى التقييد مســتخدماً فى ذلك ســلطته التقديرية وهــو ما يمكــن وصفه بالانحراف فى أستعمال السلطة التشريعية .

ولكن تثورمشكلة فى هذا الصدد ، ما هو معيار الاضرار بالمجتمع ؟ فالمشرع يملك الادعاء دائما بأنه صاحب الحق فى تحديد ماهية النشاط الضار إجتماعيا مما يرد الامر فى النهاية ايضا الى مطلق سلطته التقديرية فى هذا الشأن .

الواقع أن المشرع مقيد بمفهوم

ديمقراطى للحرية لا يستطيع التجاوز عنه أو تجاهله وأذا فعل لحقته رقابة القاضى الدستورى بإلغاء التشريع المخالف لهذا المفهوم إن الحرية توجد ويكفلها التشريع طالما لا تحدث ضررا بالمجتمع فاذا تدخل المشرع وإقتطع من الحرية جانبا من جوانبها أو حظر ممارسة وجه من الوجوه اللازمة للتمتع بها ، يكون قد حظر نشاطاً إنسانياً جوهرياً لممارسة الانسان لحريته . وهنا لا يستطيع أحد أن يدعى أنه لم يزل صاحب الحق فى القول بأن هذا النشاط الانسانى ضار إجتماعياً . لأنه بذلك يكون قد خالف الدستور الذى إقر الحرية ـ بمفهومها الديمقراطى .

كذلك ، فانه من السهل معرفة مضمون فكرة الاضرار بالمجتمع ، اذا نظرنا الى وجوه الإضرار التى يراقبها القاضى الدستورى للتأكد من كوب التشريع المطعون فيه مفيد للحرية .

فالإضرار بالمجتمع يتحقق فى كل نشاط يشكل زوالا أو انتقاصا فى قيمة من القيم الاساسية التى يرتكز عليها المجتمع فى كيانه وبقائه . والإضرار كذلك يتمثل فى كل اهدار أو انتقاص للدعائم التى تستند اليها أسس المجتمع للتمتع بحياة كريمة معقولة .

ولا بد أن يعطى القاضى الدستورى فى هذا المجال سلطة استنباط القيد الوارد على الحرية من خلال ما يحققه التشريع من خروج على " قاعدة الاضرار الاجتماعى " ، وذلك فى كل حالة تصرح أمامه . فقاضى القانون العام قد تركت له سلطة تفسير واستخلاص وتحديد مضمون العديد من أفكار القانون العام كفكرة الاستعجال والمنفعة العامة والنظام العام ، وفكرة الضرورة وغيرها من أفكار القانون الغام . لذا لا مانع من أن نترك الحرية للقاضى لاستنباط ما يعتبر من قبل الاضرار بالمجتمع ، وما لا يعتبر كذلك .

القيمة القانونية لا علان حقوق الانسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩:

يعتبر هذا الأعلان من أهم وأشهر أعلانات الحقوق التى صدرت فى فرنسا منذ الثورة الفرنسية ، حيث عمل فيه رجال الثورة على صياغة الفلسفة السياسية والمبادىء الأساسية للثورة بعد إنهيار الملكية المطلقة . وعلى الرغم من انقسام أراء الفقهاء فى فرنسا حول القيمة القانونية لأعلانات الحقوق ، بصفة عامة بين اتجاهين أحدهما ينكر كل قيمة قانونية لها ، وآخر يعترف لها بقيمة قانونية ملزمة ، نقول على الرغم من انقسام الرأى الفقهى فى هذا الشأن فان أعلان الحقوق الصادر عام ١٧٨٩ بالذات قد حظى بتقدير خاص وإعتراف متميز لما له من قيمة تفوق قيمة سائر الاعلانات الأخرى الصادرة بعده ، حتى لدى الفريق المنكر للقيمة القانونية لتلك الأعلانات (١٣).

ومعنى ذلك أن من الفقه من ذهب الى أن اعلانات الحقوق بصفة عامة ، هى مجرد مبادئ فلسفية وأخلاقية ليس لها قيمة قانونية .

بينما ذهب اتجاه آخر الى اعطائها قوة قانونية تتفاوت ، بحسب الآراء ، بين قوة أعلى من قوة الدستور وقوة مساوية لقوة النصوص الدستورية، وقوة مساوية لقوة التشريع العادى .

ومن الطبيعى أن يحظى الاعلان المذكور لدى الفريق الثانى بقوة قانونية . غير أنه أيضا لدى

أنصار الرأى المنكر للقيمة القانونية لتلك الاعلانات يحوز قيمة متميزة تجعله يتفوق على غيره من اعلانات الحقوق .

ولقد عبر الفقيه اسمان عن هذه الحقيقة مؤكدا أن ليس للإعلانات اللاحقة على أعلان الحقوق الصادر عام ١٧٨٩ اية قيمة قانونية فهى مجرد مبادئ عامة تمثل تكراراً لما وضعه الاعلان الأول من مبادئ إستقرت فى القانون العام الفرنسى وفى الضمير العام للشعب الفرنسى (١٤) " فمبادئ ومواد هذا الاعلان نفذت الى العقول وأصبحت بمثابة بديهيات أو حقائق مسلم بها فى الوجدان الفرنسى بل هى المقصودة كلما تكلمنا عن حقوق الانسان والمواطن .أنه الاعلان الأسمى لحقوق الأنسان والمواطـن .

أما اعلانات الحقوق التالية عليه ، فليس لها ذات القيمة التاريخية لأنها ليست فى الحقيقة سوى تكراراً غير مقيد للأعلان الذى لا يمكن أن ينسى . كذلك - يضيف اسمان - أن اعلانات سنة ١٧٩٣ دستور السنة الثالثة للثورة ، ولم يتركوا ذات الأثر فى ذاكرة الوطن . بينما إعلان ١٧٨٩ يقتعد موضعه كأعلان دائما يحظى بإحترام دون أن يفقد شيئاً من قوته على الرغم من الثورات السياسية . وذلك لأنه مجرد إعلان مبادىء والمبادىء إذا كانت صحيحة ،مقبولة فى الروح العامة ، قد تكون مجهولة لكنها لا يمكن أن تطمس قط بواسطة نصوص القوانين .

ومع ذلك ، فكما يبدو من رأى اسمان أن الأعلان المذكور لا يعدو أن يكون مجرد مبادىء غير ذات قيمة دستورية ملزمة .

وهويفرق فى الواقع بين هذه الأعلانات من ناحية ، وما أسماه بضمانات الحقوق Les garanties des droits من ناحية أخرى فهذه الضمانات هى التى لها قيمة قانونية ملزمة ، لأنها بمثابة قوانين وضعية وملزمة ، ويمكن تعريفها بأنها مواد دستورية تكفل للمواطن التمتع بحق من الحقوق الفردية وهذه الضمانات تعلو فى الواقع لدى الكثيرين على القوانين العادية ، ويمكن بالتالى أن تقيد وتحد من سلطة المشرع فهى تحمى الحقوق الفردية فى مواجهة المشرع ذاتـه (١٥) ويقـدم أسمان مثالا لتلك الحقوق متمثلا فى نص المادة الأولى من دستور ١٧٩١ الذى يعبر بوضوح عن هذه الحقيقة ، وهو يجرى على النحو التالى : -

" لا يجوز للسلطة التشريعية أن تسن أى قانون من شأنه أن يتضمن مساساً أو يضع عقبة أمام ممارسة الحقوق الطبيعية والمدنية تحـت هـذا العنـوان (ضمانات الحقوق) والمكفولة دستوريا (١٦)

أما إعلانات الحقوق بوجه عام فلها طبيعة المبادئ العامة التى ليس لها قيمة دستورية تقيد المشرع العادى أو تحول بينه وبين إنتهاكهـا .

غير أن إسمان مع ذلك ، نراه قد ميز إعلان ١٧٨٩ عن غيره من اعلانات الحقوق من حيث ما يتمتع به هذا الأعلان من قوة أدبية وما يجب أن يحظى به من أحترام من جانب جميع سلطات الدولـة .

والواقع أن آراء الفقة تعددت حول القيمة القانونية لاعلانات الحقوق بما فيها اعلان ١٧٨٩ .

فالفقهاء الذين قرروا اعطاء هذه الاعلانات قوة قانونية ملزمة ، قد اختلفوا فيما بينهم حول القوة القانونية للنصوص المدونة بتلك الأعـلانات .

فمن الفقة من قرر انها تتضمن مبادئ عليا تعبر عن الارادة العليا للأمة وتمثل فى المبادئ الأساسية الدستورية المستقرة فى الضمير الانسانى العالمى قد ارتضاها المجتمع (١٧)

بينما ذهب رأى ثانى الى أن القيمة القانونية لتلك الاعلانات تعتبر مساوية للقيمة القانونية لنصوص الدستور أى أنها تتمتع بقوة القواعد الدستورية من حيث مرتبتها . والاعلان الفرنسى الصادر سنة ١٧٨٩ له قوة النصوص الدستورية عند هؤلاء الفقهاء فهو يمثل الدستور الأجتماعى الذى يقوم عليه نظام الحكم فى الدولة ، وهو يختلف عن الدستور السياسى الذى يرسم وينظم اختصاصات السلطات المختلفة فيها ، الا أن نصوص الدستور الأجتماعى تتمتع بقيمة دستورية (١٨) .

كما ذهب رأى ثالث الى اعطاء إعلانات الحقوق قيمة التشريعات العادية بأعتبارها تنص على بعض الحقوق . لكنها لا تبلغ مرتبة النصوص الدستورية عند أنصار هذا الرأى .

والواقع أن من الفقه من يفرق - بين نوعين من الأحكام تتضمنها أعلانات الحقوق . نوع يتمثل فى نصوص تضع مراكز قانونية واضحة الحدود والمعالم ، وهذه النصوص تكون ملزمة ويتعين عدم الخروج عليها لأنها تتضمن قواعد قانونية بالمعنى الدقيق . ومن أمثلة ذلك بعض نصوص اعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩ (١٩) .

وهناك نوع آخر من القواعد هو القواعد التوجيهية أو المنهجية التى تعلن فى شكل أهداف عامة أو توجيهات لها صفة العمومية توجه نظام الدولة بأسره . فهذه تفتقر للطابع القانونى المحدد وبالتالى لا تتمتع بقوة القواعد القانونية الملزمة ولا يعدو أن يكون لها سوى قوة الالزام الأدبى فهى تتضمن مبادئ عامة كلية وليس قواعد ذات صفة قانونية ملزمة

وفى تقديرنا ، أن الصفة القانونية الملزمة تتضح من خلال ما إنطوى عليه اعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩ بما تضمنه من مبادئ وقواعد قانونية محددة أو قابلة للتحديد القانونى .

وعلى الأقل ، فأن نص المادة الخامسة - التى أعتبرت أساسا لحل مشكلة حماية الحرية فى مواجهة التشريع ، تعتبر ذات قيمة دستورية تتجه بالزامها للمشرع .

كذلك الأمر بالنسبة للمادة العاشرة التى تعلن حرية الرأى والعقيدة . وكذلك أيضا المادة السابعة عشر التى تنص على صيانة حق الملكية الفردية كحق مقدس لا يجوز معه نزعها الا للمنفعة العامة وبشرط أن يكون ذلك مقابل تعويض عادل يدفع مقدماً .

وهكذا نرى أن الاعلان الذى أستندنا اليه له قيمة دستورية ملزمة للمشرع . ومن النصوص الدستورية التى لها ذات القيمة من حيث تقييد سلطة المشرع فى تنظيم الحريات نص المادة الأولى من دستور ١٧٩١ على أنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تسن قانونا يضع عقبة أو ينطوى على مساس بممارسة الحقوق الطبيعية والمدنية المكفولة دستوريا

وهذه خير ضمانة لحماية الحرية فى مواجهة التشريع ونعتبر فى مصر أحوج ما نكون الى ما يقابلها فى دستورنا بصورة صريحة فتراث القانون العام الفرنسى ، قد دخلته النصوص السابقة التى وقفت كسد منيع أمام استبداد المشرع . على عكس التجربة الدستورية المصرية حيث خلا التاريخ الدستورى

المصرى من نصوص مشابهة تستقر فى ضمير ووجدان الأمة كنص المادة ٥ من اعلان حقوق الانسان الصادر ١٧٨٩ .ولشد ما كان أحتياجنا الى مثل هذه النصوص التى تقيد سلطة المشرع وتحدها وتحظر عليه أن ينتهك أو يمس بالحقوق والحريات العامة كما يقرر بحق الفقيه أسمان (٢٠) .

كيفية ممارسة القاضى الدستورى للرقابة على دستورية التشريعات الماسة بالحريات :

يباشر القاضى الدستورى مهمته فى فحص مدى دستورية التشريعات الماسة بالحريات أو المقيدة لها من خلال دوره المعتاد كقاضى يفحص دستورية القوانين غير أن طبيعة التدخل التشريعى فى مجال الحقوق والحريات العامة يفرض على القاضى أسلوباً متميزاً فى الرقابة ومدى أكبر يفحص من خلاله ما اذا كان التشريع ينطوى على قيود لم يوردها الدستور فى التمتع بالحرية ، أم أنه ينطوى على بعض الأجراءات التى تنظم وحسب كيفية أستعمالها ، وهذا ما يدعو القاضى الدستورى الى التساؤل حول طبيعة القيد الوارد على الحرية وطبيعة الاجراء المنظم لممارستها .

واذا كان القاضى الدستورى لا يراقب بواعث التشريع ودوافع الهيئة التشريعية فى إصداره (٢١) ، الا اننا نذهب الى ما ذهب اليه فريق من الفقه من عدم جواز ترك الأغراض غير المشروعة للتشريع دون فحص من جانب القاضى الدستورى . " لأن بواعث التشريع وغاياته تنطبع عليه فيغدو التشريع بعد استجلاء هذه الغايات مخالفا للدستور . فمن غير المتصور أن نبطل التزاما أو عقداً غرض غير مشروع وفى الوقت نفسه نسمح بصدور قانون يحقق أغراضاً ينهى عنها الدستور . ومن هنا وجب أن نفحص غاية مصدر القانون أو غاية المشرع ، فالبحث عن غاية المشرع هو واجب تمليه طبيعة عمل القاضى الدستورى من ناحية والحفاظ على الدستور من الانتهاك المستتر من ناحية أخرى (٢٢) " .

فقد يظهر الكشف عن غاية التشريع الحقيقية خروج المشرع عن مقاصد الدستور وأهدافه فى حماية حرية من الحريات وذلك بإتيان قيود لم يتناولها الدستور ولم يوردها .. كما قد تكشف الرقابة على غاية التشريع عن خروج المشرع على حدود سلطته التقديرية بحيث يدخل بذلك فى إطار الأنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية بأعتبار أن الأنحراف التشريعى هو المحظور الوحيد الوارد على سلطة المشرع التقديرية (٢٣) .

ويلاحظ فى هذا المقام أن القاضى الدستورى يبحث أمرا من الأمور الآتية ليقضى فى النهاية بعدم دستورية التشريع المقيد للحرية : ـ

١) وجود مخالفة موضوعية لنصوص الدستور أو القيود التى أوردها وذلك بالاستزادة عليها أو بمخالفتها . وهنا لا شك أن مهمة القاضى تبدو يسيرة نسبيا إذ يكفى لاتمامها المقارنة بين النص التشريعى والنص الدستورى الصريح ، والشروط التى أوردها حتى يستبين القاضى مواضع مخالفة هذه الشروط فى النص التشريعى محل الطعن .

٢) وجود ما يعرف بالانحراف التشريعى أو إساءة استخدام السلطة التقديرية للمشرع وهنا يبدو لزاما على القاضى أن يبحث فى النية المضمرة للمشرع ، وهو بحث يقصد من خلاله معرفة الغرض الحقيقى من وراء إصدار

مثل هذا التشريع وغاياته . كذلك فهو بحث يتجه صوب القرائن والأدلة التى تشف فى نظره عن نية الأنحراف فى إستعمال السلطة التقديرية وهو ما تفصح عنه المناقشات البرلمانية .السابقة على صدور القانون (٢٤) .

والواقع أنه يجب أن نؤكد ، بادىء ، ذى بدء ، أننا فى هذا المقام لسنا بصدد وضع معيار حاسم للتفرقة ، يفصل بين التنظيم المباح للحرية وغيره من صور التدخل التشـــريعى غير الدســـتورى (كالمصادرة أو الانتقاص) ، وأنما نقوم بوضع بعض العناصر أمام القاضى ليستهدى بها للوصول الى تفرقة واضحة بين التنظيم المباح للحرية والانتقاص المحظور منها .

أما وضع معيار حاسم فى هذا الصدد ، فالفقه قد أجتمع على صعوبة وضع معيار موضوعى حاسم ، وأنما من الممكن مع ذلك التوصل الى تفرقة فى كل حالة على حدة من خلال فحص أثر تدخل المشرع على ممارسة الحرية أو الحـــق .

فهذا الأثر قد يقطع القاضى الدستورى بكونه إجراء منظماً للحرية ، وهنا لا صعوبة فى الأمر وقد يقطع بأنه قد يرد على إستعمال الحق وينتقص من الحرية . وفى هذه الحالة على القاضى أن يقضى بعدم دستورية التشريع .

فقاضى القانون العام يقوم باستنباط هذا الاثر بحكم قوامته على تفسير القانون وهذا هو دوره الذى نجح فيه فى العديد من الأفكار التى يزخر بها القانون العام كفكرة الاستعجال وفكرة الضرورة وفكرة المنفعة العامة وفكرة الظروف الاستثنائية وفكرة السلطة التقديرية ، وغيرها من الأفكار التى يستجلى قاضى القانون العام كنهها ، وشأنها فى ذلك شأن فكرة القيد الوارد على الحرية أو فكرة الانتقاص من الحرية .

أما وضع قاعدة معيارية فى هذا الصدد فهو أمر يصعب تصوره لأن صور التدخل التشريعى غير الدستورى متعددة فتارة يتمثل فى إنتقاص من جوهر الحق أو الحرية وتارة يجعل إستخدامها شاقاً مرهقاً ومتوقفا على ارادة السلطة الادارية ، وتارة أخرى يفرض قيوداً تحول دون التمتع بها وتارة أخيرة يصادر الحرية بحرمان بعض الفئات منها .

ولا يمكن أن توضع قاعدة معيارية تجمع بين مختلفه هذه الصور المختلفة هذا بالاضافة الى أن فكرة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية هى فكرة ذات طابع شخصى وليس موضوعى مما لا يسمح بوضع معيار فى هذا الصدد . لذا كان لابد أن يهتدى القاضى بحاسته وبحكم وظيفته الى أستخلاص القيد الوارد على الحرية من ثنايا ما يفرضه التشريع المطعون فيه من اجراءات وقيود وهو مايتحقق من خلال فحص القاضى الدستورى وتمحيصه لأثر القواعد التى يضعها هذا التشريع على ممارسة الحرية أو الحق .

وبفحص هذا الأثر يمكن أن نصل الى تفرقة واضحة بين التنظيم المباح للحرية والانتقاص المحظور لها .

فالعنصر الأول الذى نوليه أهمية حماية الحرية فى مواجهة التشريع يتمثل فى فحص أثر القاعدة التشريعية على ممارسة الحرية . وهل تؤدى الى الحد من ممارستها ؟

ولكن هذا ليس هو العنصر الوحيد الذى يستهدف به القاضى فى هذا المجال ، ذلك أنه يجب أن يفحص ايضا عنصرا آخر يتمثل

فى غاية التشريع . لأن من خلال فحص القضاء الدستورى لغاية التشريع ومطابقتها بغاية القواعد الدستورية المقررة للحق أو الحرية يستطيع معرفة طبيعة التدخل التشريعى ، وما اذا كان تدخلا دستوريا أم غير دستورى . وهل الأمر يتعلق بقيد ينتقص من ممارسة الحق أو الحرية أم باجراء ينظم فقط هذه الممارسة ؟

وفى تقديرنا أن رقابة القاضى على الانحراف التشريعى فى مجال الحقوق والحريات العامه بفحص القاضى لصورة من صور المساس بالحقوق والحريات العامة القابلة للتنظيم التشريعى . أو بعبارة أخرى بمراقبة .التشريع الصادر لتنظيم الحق أو الحرية .

والقاضى فى مراقبته لهذا التشريع انما عليه أن يتحقق من أن التشريع لم يشكل إحدى صور المساس بالحق أو الحرية موضوع التنظيم .

ومؤدي ذلك أولا : أن عليه أن يتحقق من أن التشريع لم يصادر الحق أو الحرية موضوع التنظيم كليا أو جزئيا . وتتحقق المصادرة الكلية بحرمان مجموع أفراد الشعب من التمتع بمزاولة حق أو حرية قررها الدستور لهم طالما تساوت مراكزهم القانونية .

وتتحقق المصادرة الجزئية للحق أو الحرية موضوع التنظيم بحرمان فئة من الفئات أو طائفة من الطوائف من التمتع على قدم المساواة مع الآخرين بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات المقررة للكافة طبقا للدستور . ويلاحظ أن القاضى يراقب فى هذه الحالة ما اذا كان التشريع قد أهدر الحرية أم لا .

ومؤدى ذلك ثانيا : أن على القاض أن يتحقق من أن التشريع بما أنطوى عليه من إجراءات ماسة بالحقوق والحريات العامة لم ينتقص من الحق أو الحرية موضوع التنظيم

ويتحقق هذا الأنتقاص من خلال حظر نشاط من الأنشطة اللازمة للتمتع بالحرية كاملة غير منقوصة . أو بمنع نشاط يشكل وجهاً من وجوه التمتع بالحرية أو الحق ، على أن يكون هذا الحظر أو المنع لنشاط أو لسلوك لا يشكل اضرارا بالمجتمع . فأذا كان الحظر التشريعى منصباً على نشاط يشكل ضرار بالمجتمع ، فأن المشرع يعتبر لازال دائراً فى دائرة تنظيم الحرية ولم يتجاوزها الى دائرة تقييد الحرية أو الانتقاص منها

ومؤدى رقابة القاضى

ثالثا : أن عليه أن يتحقق من أن التشريع لم يفرض قيوداً على الحقوق والحريات العامة . وتتحقق صورة القيد " بالمعنى الدقيق " stricto senso إذا ما جعل التشريع استعمال الحق أو الحرية شاقاً مرهقاً على الناس ، وذلك بسبب ما وضعه المشرع من إجراءات وترتيبات تعوق هذا الاستعمال أو قيود تجعل أمر التمتع بالحق أو الحرية فيه الكثير من الارهاق والمشقة على المواطنين العاديين الذين كفل لهم الدستور حق التمتع بحرياتهم المقررة به .

ففى الصور الثلاث السابقة ، تتحقق صورة من صور المساس بالحق أو الحرية من خلال تدخل تشريعى غير دستورى .

وعلى القاضى أن يقضى بعدم دستورية التشريع (المنظم) للحرية حتى ولو كان الدستور أجاز للمشرع أن ينظم الحرية ، طالما لم يحترم المشرع القيود الثلاثة التى تحد إرادته التشريعية فخرج من دائرة التنظيم المسموح بولوجها له متجاوزا إياها الى دائرة محظور عليه ارتيادها الا وهى

دائرة أو الانتقاص أو التقييد فى مجال الحرية .

والواقع وكما قضت بحق المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها المتواترة أن السلطة التقديرية للمشرع فى مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة التى خوله الدستور سلطة تنظيمها هى سلطة مرهونه بتحقيق المفهوم الديمقراطى للحق أو الحرية موضوع هذا التنظيم .

وكلما تجاهل المشروع هذا المفهـوم الديمقراطى عند تنظيمه لاحـدى الحريات ، وقع تنظيمه مشوباً بعيب عدم الدستورية وهو ما دعى القضاء الدستورى المصرى الى الحكم بعدم دستورية تشريعات نظمت بعض الحريات بموجب السلطة التقديرية للمشرع الذى إنحرف فى إستخدام سلطاته التشريعية عن طريق تنظيم تشريعى للحرية يتنافى مع المفهوم الديمقراطى للحريات العامة .

وهكذا يمكن القول فى النهاية أن القاضى يستهدى فى الواقع ببعض العناصر للقطع بعدم دستورية تشريع معين يقيد من حرية من الحريات أو ينتقص منها .

والسؤال الأولى الذى يجب أن يطرحه القاضى ، هو : هل يترتب على القانون المطعون فيه " والمنظم للحرية " كفالة الحرية فى حدودها الدستورية المقررة ؟ .

فـاذا إنتـهى الى الاجـــابة بالأيجـاب (٢٥) ، ابتـدأ يطرح السؤال التالى :

هل التنظيم الذى وضعه المشرع للحرية يرد على جوهر الحرية ذاتها أم على أسلوب ممارستها ؟ وهو ما يضطره فى الواقع للتمييز بين القيد والاجراء التنظيمى . ذلك أن القيد يرد بطبيعته على جوهر الحق أو الحرية بينما يرد الاجراء التنظيمى على إسلوب ممارسة هذا الحق بالصورة التى تكفل هدفين أساسيين :ـ

الهدف الاول : تمتع جميع الأفراد فى المجتمع مادام يتساوون فى المركز القانونى بذات الحق أو الحرية

الهدف الثانى : منع الإضرار بالمجتمع نتيجة الشطط فى إستخدام الحق أو الحرية .

وعلى ذلك يتعين على القاضى أن يتأكد من أن التشريع الذى يكفل الحرية يحقق هذين الهدفين مجتمعين ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن أثر القيد الوارد على الحرية ينصرف أحياناً الى دائرة المتمتعين بالحرية فيحول بينهم وبين هذا الاستمتاع . كما ينصرف القيد فى أحيان أخرى الى جعل إستخدام الحق شاقاً مرهقاً على الأفراد ، كما قد يجعل من ممارسة الحرية متوقفة على إرادة السلطة الادارية .

بينما يقتصر أثر الاجراء التنظيمى على وضع الترتيبات والتظيمات الكافلة لأستخدام الحق أو الحرية بالنسبة لكافة الأفراد دون تمييز ودون مساس بأصل الحق ذاتـــه .

وفى هذا الصدد تجب مطابقة غاية التشريع على مقاصد المشرع الدستورى فالقيد يخرج تماماً عن إطار غاية الدستور أو غاية النص الدستورى المقر للحرية ، بينما يدخل الاجراء التنظيمى فى إطار هذه الغاية ، فالغاية من الاجراء يجب أن تقاس على الغاية من النص الدستورى لمعرفة طبيعته وبدون الاســتهداء بهــذا المعــيار الغائى يتعــذر التمييز بين القيد والأجراء المنظم لممارسة الحرية .

وهو ما سبق أن أكده البعض ، أذ يجدر النظر الى مقاصد

الدستور ومدى توخى المشرع لها . فاذا وجدنا إنحرافاً عنها يجب البحث فى نية مصدر التشريع ذاتها لمعرفة ما اذا كان الأمر يتعلق بإنحراف فى إستخدام السلطة التشريعية أم مخالفة موضوعية للدستور ، حيث " يعبر الانحراف عن نيــة مصـــدر التشريع ، لذا لا تخلو فكرة الانحراف من جانب شخصى (٢٦) .

والخلاصة ، إن الإستعانه بهذا العنصر الغائى هى التى تكشف عن نية المشرع ، ذلك بمطابقتها على نية الشارع الدستورى ومقاصد الدستور فاذا تطابقت أهداف التشريع وغاياته مع أهداف النص الدستورى المنظم للحرية كان التشريع منظماً للحرية فحسب . ذلك أن تطابق الغاية يعكس من ناحية أخرى أن الاجراءات التى إنطوى التشريع عليها إقتصرت على تحقيق الهدفين السابقين فحســب دون أن تنبســط لحظر نشاط إنسانى مشروع لا يشكل اضرارا بالمجتمع .

أما اذا تنكب المشرع هــدف النص الدســـتورى فإن مطابقــة غايــة تشريعه على غاية النص الدستورى فسوف تسفر حتماً عن قيد تشريعى إستنه المشرع وضمنه التشريع الماس بالحرية مما ينتقص من الحرية . لأنه بالتأكد قد حظر أوجه للنشاط الانسانى لا تشكل ضررا بالمجتمع (مناط الحظر فى التشريعات الماسة بالحرية) . وكما سبق أن أوضحنا أن فكرة الإضرار بالمجتمع فكرة يستحيل تحديد مضمونها بصورة قاطعة شأنها شأن فكرة النظام العام والآداب العامة والمصلحة العامة ، ولكن يترك للقاضى أن يراقب ذلك فى ضوء النظام العام المقرر فى المجتمع فى لحظة زمنية معينة .

وفى هذا الصدد قضت المحكمة الدســتورية العليا : " أن المحكمة لا تتقيد - وهى بصدد إعمال رقابتها على دستوية التشريعات - بالوصف الذى يخلعه المشرع على القواعد التى يسنها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف ، وتنطوى على إهدار حق من الحقوق التى كفلها الدستور . واذا كانت المحكمة قد إنتهت الى أن النص التشريعى المطعــون عليه لا يقوم على تعديل التعويض المستحق عن التأميم ، وأنما يستهدف مصادرة ملكية السندات المستحقة لأصحاب المشروعات ... فانه يكون قد تعرض للملكية الخاصة التى صانها الدستور ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة . الأمر الذى يحتم اخضاعه لما تتولاه هــذه المحكمــة مــن رقابــة دستورية (٢٧) .

ومقتضى هذه القضاء ، أن القاضى لا يتقيد بما يخلعه المشرع ذاته على التشريع من أوصاف . فأذا إعتبر المشرع أن ما إنطوى عليه تشريعه مجرد تنظيم لحق من الحقوق أو حرية من الحريات ، فأن هذا الوصف لا يقيد المحكمة الدستورية ولا يغل يد القاضى عن سبرغور هذا التشريع لمعرفة حقيقة ما أنطوى عليه ، بالنفاذ الى حقيقته ومقتضاه وما يحتمل أن يكون قد أورده من قيود أو ما أدى اليــه من مســاس بالحرية موضــوع التنظيـم . فأذا وجـد القاضى قيدا لم يقره الدستور أعلن دستورية التشريع ، حتى ولو إدعى المشرع خلافا للحقيقة أنه كان يــدور فى إطــار سلطته التقديرية فى تنظيم الحــق أو الحرية ، طالما ترتب على التشريع مساس بالحق الذى قام بتنظيمة .

فالقاضى الدستورى ، يراقب بصفة أساسية ما اذا كان التشريع يهدر حرية الفرد أو يفوت عليه التمتع بها ، أو يحرمه منها أو ينتقص منها بحظر وجه من وجوه

ممارستها . صحيح أن السلطة التشريعية تختص بتعيين الحدود التى يباشر فيها الفرد حريته ، الا أن هذا منوط بأن تتفق هذه الحدود مع الاقرار الدستورى للحرية وانموذجها المرسوم فى الدستور . والقاضى لا يراقب هنا مسألة ملاءمة التشريع ولا أهداف السياسة التشريعية .

وانما يقتصر فحصة على مراقبة التشريع للدستور نصا وروحا ، مع بيان الأثر المترتب على نفاذ هذا التشريع بالنسبة للحقوق والحريات العامة موضوع التنظيم .

وبناء على ذلك ، وكما سبق القول ، فان الرقابة على دستورية القوانين انما تقتضى فحصاً للغاية من التشريع ومدى توخيه مقاصد المشرع الدستورى

فهذه هى الأهداف التى تنشدها الرقابة على دستورية القوانين والفلسفة التى تقوم عليها :

" صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه بأعتبار أن نصوص الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها وأهدار ما يخالفها من التشريعات ، بأعتبارها أسمى القواعد الآمرة . يستوى فى ذلك ما كان من هذه التشريعات سابقا على انشاء المحكمة أو لاحقا على انشائها، وهو ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة (٢٨) "

وهكذا يتضح لنا أن التشريع الذى يخرج من غاية كفالة الحرية أو ينتهك الإقرار الدستورى لها يقضى بعدم دستوريته طالما إنتقص من الحرية أو قيدها أو صادرها .

وفى هذا الصدد قضت المحكمة الدستوريه العليا بأنه : ـ

" أنه وان كان الأصل فى سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ، وان الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد الى ملاءمة اصدارها ، الا أن هذا لا يعنى اطلاق هذه السلطة فى سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور ، هذا فضلا عن أن تنظيم المشرع لحل الملكية فى اطار وظيفتها الاجتماعية ينبغى ألا يعصف بهذا الحق أو يؤثر على بقائه على نحو ما سلكه النص المطعون عليه اذ تعرض للملكية الخاصة التى صانها الدستور ووضع لحمايتها حدود أ وقواعد معينه على ما سلف بيانه الأمر الذى يحتم أخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية (٢٩) " .

الحريـة التى نريدها ...

يجب أن يشعر الناس جميعا انهم مطمئنون . انهم يحكمون حكما حرا . وأن لكل مخلص أن يتكلم . أن يبرز رأيه كما يشاء . ويجب أن تتسع الصحافة لمثل هذه الآراء المخلصة الحقة . اننا لا نريد الحرية لرأى عن هوى . ولا رأى عن غرض . ولا رأى عن عبث . وانما نريد الحرية للرأى الحر الأبى النزيه ...

من اقوال الاستاذ الجليل
النقيب مصطفى البرادعى

هوامش هوامش هوامش هوامش

(١) C. A. colliard : " libertès publiques " 6 eme ed. Dalloz, 1982, p.105

(٢) تخرج دراسة النصوص اللائحية المتعلقة بالحريات العامة والماسة بأغراض الضبط الإدارى عن نطاق دراستنا التى تقتصر على النصوص الدستورية والتشريعية فقط . ونحيل بصدد اللوائح المقيدة للحريات إلى بحث الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا ، فى حدود سلطات الضبط الإدارى ـ مطبعة جامعة القاهرة عام ١٩٨٠ .

(٣) Colliard : op. CIT ! P. 105 ,

(٤) نسوق على سبيل المثال ما حدث في فرنسا فى أواخر عام ١٩٨٦ من مظاهرات واضطرابات اجتاحت عدد كبير من الجامعات الفرنسية ، حيث اضرب الطلبة إعتراضاً على مشروع قانون تنظيم الجامعات الذى تقدم بـه إلى الجمعية الوطنية سكرتير الدولة لشئون التعليم في ذلك الوقت ، " مسيو دوفاكيه " ، مما اجبر حكومة شيراك (الوزير الأول فى ذلك الوقت) على سحب مشروع القانون ، لما تضمنه من إرساء لأوضاع جديدة تحكم نظام التعليم فى فرنسا يحاكى النظم الأمريكية في التعليم العالى . وتعبر هذه الأحداث عن قوة تأثير الرأى العام حتى على مستوى السياسة التشريعية للبرلمان .

(٥) نميل إلى استخدام تعبير الحريات غير القابلة للتنظيم التشريعى للدلالة على ما يعرف لدى بعض الفقه بالحريات المطلقة ، حيث لا نفضل استخدام تعبير الحريات المطلقة لأن الحريات جميعاً تعمل فى وسط إجتماعى ومن ثم تعتبر نسبية ، وهو ما سبق وذهب إليه على سبيل المثال د. نعيم عطية فى مؤلفه عن النظرية العامة للحريات العامة للحريات الفردية ـ الدار القومية للطباعة والنشر سنة ١٩٦٥ ص ١٦٦ .

(٦) أنظر فى مراتب الحرية : بحث الأستاذ الدكتور / عاطف البنا : فى حدود سلطات الضبط الإدارى. مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٠ ، ص ٨٥ : ص ٩٤ .

(٧) أ. د. عبد الرزاق السنهورى : " مخالفة التشريع للدستور والأنحراف فى استخدام السلطة التشريعية " ، بحث منشور بمجلة مجلس الدولة ـ السنة الثالثة ـ ١٩٥٢ ص ٧٤ وما بعدها .

(٨) أ.د. مصطفى أبو زيد فهمى : الدستور المصرى ورقابة دستورية القوانين ـ منشأة المعارف ـ ١٩٨٥ ـ ص٢٢٥ ، ص ٢٢٦ .

(٩) Jaques Robert : " libertespubliques " ed. montchrestien, paris. 1982, p. 117.

(١٠) أنظر فى هذا المعنى أستاذنا الدكتور / عبد الحميد متولي : الوسيط فى القانون الدستورى - دار المعارف - طبعة ١٩٥٦ ص ٦٨٠ .

(١١) " La loi n'a le droit de defendre que les actions nuisible à la socièté. Tout ce qui n'est pas defendu par la loi ne pas être empêché. et nul ne peut être contraint a faire ce qu " elle n " ordonne pas " .

(١٢) أنظر الدكتور / نعيم عطيه ، المرجع السابق ، ص ١٧٦ .

(١٣) راجع ما ذهب إليه الفقيه اسمان († A. ESMEIN) من انكار القيمة القانونية لاعلانات الحقوق مع اعترافه فى الوقت ذاته بالقيمة المتميزة لأعلان عام ١٧٨٩ مؤلفه في القانون الدستورى الفرنسى والمقــــارن :

" ELEMENTS DE DROIT CONSTITUTIONNEL FRANCAIS ET COMPARE ' 8 eme ed. T. I, re Rec. SIREY, 1927, P. 596.

(١٤) " ... ses articles ont proprement pènètrè dans les esprils et sont devenus des axiomes courants pour la conscience francaise. C' est àelle que l'on songe toujours lorsqu'on parle des droits de l'homme et du citoyen : elle est pour nous la dèclaration des droits de l'homme et du citoyen par excellence, et c'est toujours elle que l'on dèsigne par ces termes employès sans aucune addition . les declaration posterieures n'ayant point eu le même retentissement et la même importance historique ont été, en realité,des repetitions inutiles d'une proclantion deja faite et ne pouvaient faire oublier. Aussi ces déclarations de 1793 et et de l'an 111 sont presque des couriosilés de notre histoire constitutionnelle : elle n'ont laissé aucune empreinte dans la memoire nationale, tandis que celle de 1789 subsiste comme un titre toujours respecté. Elle n'a rien perdu de sa force par suite des revolutions politiques, car ce n'est qu'une declaration de principes, et les principes. lorsqu'ils sont vrais et acceptés par l'esprit public, peuvent être méconnus,mais non effacé par lws textes des lois " .

voir : Esmein : Op. Cit. P.596.

(١٥) يقرر اسمان أن ضمانات الحقوق هى شيء مختلف تماما عن اعلانات الحقوق . فضمانات الحقوق أعلى من القوانين العادية ومن ثم يغدو لها قيمة دستورية من شأنها أن تقيد سلطة المشرع ذاته . أنظر فى ذلك اسمان حيث يقرر :

"celles - ci. en effet : sont considérées comme superieures aux lois ordinaires ... C'est proteger les droits individuels conter le legislaterur lui -- meme, lui interdire de faire aucune loi qui les entame ou qui les viole "

Voir : Esmein : Op. Cit. P. 597

(١٦) L "art. 1/3 de la cons. de 1791 : " Le pouvior Législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mettent obstacle a l'exercice des droit naturel et civils consignEes dans le present titre et garantis par la constitution ".

(١٧) أ. د. رمزى الشاعر : " النظرية العامة للقانون الدستورى " دار النهضة العربية ـ ١٩٨٣ ، الطبعة ٣ . ص ٢٠٨ .

(١٨) أنظر فى هذا الرأى تفصيلاً الفقيه أوريو . في مؤلفه :

" PRECIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL " 8 eme. ed. Rec., sirey, 1929 , paris. p. 626 et 627.

(١٩) أنظر فى ذلك الرأى أ. د. رمزى الشاعر ، السابق ، ص ٢١٠ .

(٢٠) ESMEIN. OP. CIT. P. 597 .,

ويمكن أن نقدم مثلا آخر لنص ذى قيمة دستورية هو نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من دستور فرنسا الصادر سنة ١٧٨٩ حيث يجري نص الفقرة الثالثة على النحو التالى :

" لا يجوز للسلطة التشريعية أن تسن أى قانون يمكن أن يمس أو، يعوق ممارسة الحقوق الطبيعية المذكورة تحت عنوان " ضمانات الحقوق " المكفولة دستوريا " .

ويقيد هذا النص السلطة التشريعية للمشرع عند قيامه بتنظيم الحقوق والحريات العامة ، ويحد من سلطته فى هذا المجال على النحو الذى يجعل القانون المنظم للحرية كافلا لها ومقرا للتمتع بها . وفى الوقت

نفسه يحظر النص أن يضع المشرع أية معوقات أو عراقيل تعوق ممارسة الحقوق المقررة دستوريا أو تنطوى على إنتهاك أو مساس بها . وهذا النص يكمل نص المادة الخامسة من الإعلان الفرنسى لحقوق الإنسان سنة ١٧٨٩ .

(٢١) أ. د. كمال أبو المجد ـ الرقابة على دستورية القوانين فى مصر والولايات المتحدة الأمريكية ـ رسالة دكتوراه ـ ١٩٦٢ ـ ص ٤٦٤ .

(٢٢) د. ماهر أبو العينين رسالته فى الانحراف التشريعى ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة ـ ١٩٨٧ ـ ص ٥٣٦ ، ص ٥٣٧ .

(٢٢) ماهر أبو العينين ـ رسالته في الأنحراف التشريعى ، ص ٥٥١ .

(٢٤) د. ماهر أبو العينين ـ رسـالته فى الانحراف التشريعى ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة ـ ١٩٨٧ ـ ص ٥٥٧ .

(٢٥) غنى عن البيان أن التشريع لو لم يتضمن ذات الحدود المقررة دستوريا أعتبر مخالفا للدستور مخالفة موضوعية صريحة . ولا صعوبة فى هذا الأمر مطلقا لأن المشرع لا يجوز له مخالفة حظر دستورى صريح أو إقرار دستورى واضح الدلالة فى تمتع المواطن بحرية من الحريات . وبالتالى فكل إجراءً يتضمنه التشريع يخالف حظراً قرره الدستور ضمانا لحق من الحقوق الأساسية للمواطن لا شبهة فى عدم دستوريته كذلك أقر الدستور حقا ما نظمه بصفة نهائية يسـتحيل على المشرع أن يتدخل بعد ذلك لينظم ذات الحق بصورة مغايرة ، إذ يقع على جميع السلطات فى الدراسة احترام هذا التنظيم الدستورى للحقوق والحريات العامة .

(٢٦) د. محمد أبو العينين . المرجع السابق . ص ٣٦٥ .

(٢٧) أنظر حكم المحكمة الدستورية رقم (١) لسنة ١ ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٣/٢ ، منشور بالمجموعة ج٣ قاعدة رقم ٢٦ ص ١٦٥ .

(٢٨) الدعوى الدستورية رقم ١١ لسنة ١ ق دستورية المنظورة أمام المحكمة العليا بجلسة ١٩٧٢/٤/١ . مشار إليها فى مؤلف الأستاذين ياقوت العشماوى وعبد الحميد عثمان " أحكام وقرارات المحكمة العليا ـ ج أول الدعاوى الدستورية . الهيئة المصرية العامة للكتاب . ١٩٧٣ ص ٢٧٥ ، ص ٢٧٦ .

(٢٩) الحكم الصادر بجلسة ٢ فبراير سنة ١٩٨٥ في القضية رقم ٩١ لسنة ٤ ق دستورية القاعدة رقم (٢٢) . المجموعة ج ٣ ص ١٣٦ .

حقوق الانسان
بين
الفكر القانوني الوضعي والشريعة الاسلامية

للسيد الاستاذ / محمود صالح العادلي
مدرس القانون الجنائي المساعد بجامعة الأزهر.

* يلتقي الفكر القانوني الوضعي مع الشريعة الاسلامية في تقرير العديد من الحقوق لكل كائن حي حيثما وجد ، وفي كل الأزمان بسبب كونه انسانا عاقلا ، وتمتاز هذه الحقوق بكونها لا تقبل حرمان الشخص منها بدون إنتهاك للعدالة (١)

بيد أن هذا الالتقاء لاينفي إختلاف المباديء التي تحكم هذه الحقوق في الفكر القانوني الوضعي عن مثيلتها في الشريعة الاسلامية ، الأمر الذي يقتضينا عرض هذه المباديء مع ابراز لوجه الأختلاف المشار اليها وبيان اثرها بالنسبة لحق هام من حقوق الانسان الا وهو حقه في محاكمة عادلة

وعليه فأن هذا البحث سيتفرع الي جانبين :

الاول : في المباديء العامة التي تحكم حقوق الانسان . .

والثاني : في حق الانسان في محاكمة عادلة .

اولا: المباديء العامة التي تحكم حقوق الانسان :

تدور أهم المباديء العامة التي تحكم حقوق الانسان ـ في نظرنا ـ حول مصدر هذه الحقوق وغايتها ، وما تشتهد فيه من توازن في المجتمع .

(أ) مصدر حقوق الانسان :

يتحدد مصدر حقوق الانسان في الاسلام في الله عز وجل ، إذ قصر الله سبحانه وتعالي الحكم علي نفسه ، فقال : " إن الحكم الا لله " (٢)

وحكم علي من لم يحكم بشرعه سبحانه وتعالي بالكفر والظلم والفسق ،إذ يقول سبحانه : ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " (٣)

وقال " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون "(٤) وقال ايضا " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون " (٥)

ولامراء في أن تشريع مصدره الله سبحانه وتعالي لا بد وان يكون هو العدل المطلق ، إذ لا يعرف الله المحاباة ولا المجاملة ولا التحامل ، فيقول الله تعالي " لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط " (٦) كما يقول الذي أنزل الكتاب بالحق والميزان " (٧)

والربط بين الحق والعدالة الإلهية يضفى عمقا عقائديا للحقوق ، الأمر الذي يدفع المرء الي المطالبة بحقه في إصرار وثبات وجهاد لأنه من أمر الله الذي يتعين الا يفرط فيه والا كان المرء بين الظالمين أنفسهم الذين قبلوا الذل والهوان . " إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض ، قالوا ألم تكن ارض الله واسعة فتهاجروا فيها ، فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا : فأولئك عسي

الله ان يعفوا عنهم وكان الله عفوا غفورا " (٨)

فالعقيدة لها دورها الهام في ضمان حقوق الانسان ، أو بمعني آخر تجدان الايمان بالله يكفل لحقوق الانسان ضمانا لا غني عنه سواء فيما يتعلق بتقريرها او نفاذها او تدعيمها او النضال من اجلها ، حتي لا يتكرر تسلط من هم أمثال فرعون وقارون وسائر طغاة السلطة والثروة " إن فرعون علا في الارض وجعل أهلها شيعا ، يستضعف طائفة منهم يذبح ابناءهم ويستحى نساءهم انه كان من المفسدين . ونريد أن نمن على الذين استضعفوا فى الأرض ونجعلهم أئمة ونجعلهم الوارثين . ونمكن لهم فى الأرض ، ونرى فرعون وهامان وجنودهما منهم ما كانوا يحذورن (٩) ، ألم تر الى الذى حاج إبراهيم فى ربه أن آتاه الله الملك ، إذ قال ابراهيم ربى الذى يحى ويميت قال أنا أحيى وأميت قال إبراهيم فإن الله يأتى بالشمس من المشرق فأت بها من المغرب فبهت الذى كفر ، والله لا يهدى القوم الظالمين (١٠) " إن قارون كان من قوم موسى فبغى عليهم وآتيناه من الكنوز ما إن مفاتحة لتنوأ بالعصبة أولى القوة ، إذ قال له قومه لاتفرح إن الله لايحب الفرحين ... قال إنما أوتيته على علم عندى ، أو لم يعلم أن الله قد أهلك من قبله من القرون من هو أشد منه قوة وأكثر جمعا ، ولايسأل عن ذنوبهم المجرمون (١١)

والمصدر الالهى لحقوق الانسان ليس معناه تخدير المشاعر أو تبرير الاستسلام والخضوع والتواكل ، فالحقيقة غير ذلك لان المصدر الالهى يرفع من شأن حقوق الانسان فيجعلها ترتكز على العقيدة وتستمد منها ، ويجعل الإيمان حارساً عليها دافعا الى الحفاظ عنها والمناضلة فى سبيلها .

تلك هى مميزات المصدر الالهى لحقوق الانسان ، والتساؤل الآن هل الفكر الانسانى كمصدر لهذه الحقوق له مثل تلك المميزات ؟!

الفكر الانسانى كمصدر لحقوق الانسان :

عرف الفكر الانسانى منذ وقتاً مبكرا ، حقوق الإنسان فى اطار فكرة القانون الطبيعى باعتبار أن هذا القانون مجرد قواعد ثابته لا تتغير وتعتبر مثلاً أعلى يجب أن تحتذيه قوانين المجتمع لكونه قائما على مبادئ لم تؤخذ من تقاليد متواضع عليها ولا من قواعد محدودة فى كتاب ، أنما مصدره الطبيعة التى يكشفه العقل الإنسانى من روح المساواة والعدل الكامنة فى النفس (١٢) ثم تبلورت فكرة " حقوق الإنسان " فى أطار مواثيق دولية ودستورية مثل اعلان استقلال الولايات المتحدة الصادر فى ٦ يوليو سنة ١٧٧٦ م الذى نص عى أن " كل الرجال ولدتهم أمهاتهم سواسية " ، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر فى ٤ أغسطس سنة ١٧٨٩ على أثر قيام الثورة الفرنسية .

وتم تصدير فكرة حقوق الإنسان هذه الى العديد من الدساتير الجديدة لبعض الدول الأوربية مثل ايطاليا والمانيا الاتحادية وذلك بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية سنة ١٩٤٤ كما انتشرت هذه الحقوق فى دساتير الدول الافريقية التى نالت أستقلالها .

وعلى المستوى الدولى صدرت العديد من الوثائق الدولية التى تقر حقوق الانسان مثل الاعلان العالمى لحقوق الإنسان .

universal Declaration

الصادر of Human Rights . عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ديسمبر ١٩٤٨ ., والعهد الدولى بشأن الحقوق المدنية والسياسية Internatiohzl Convenant on civil and political Rights . الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ والعهد الدولى بشأن الحقوق الاقتصادية والإجتماعية والثقافية International Convention on Economic Social and Cultural Rights . الصـــادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ ، وعلى المستوى الأقليمى صدر العهد الأوروبى لحماية حقوق الإنســـان la Convention Euvo peenne des olvoits del' hormme الصادر عن المجلس الأوروبى المنعقد فى روما سنة ١٩٥٠ .

هذا وقد أتخذ مجلس الجامعة العربية فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٦٨ أقرارا بانشاء " لجنة أقليمية غربية دائمة لحقوق الإنسان " وذلك بناء على توصية اللجنة السياسية فى هذا الشأن .

صفوة القول فيما تقدم ، أن الفكر الإنسانى عرف حقوق الإنسان وترجم هذه المعرفة فى مواثيق ،ووثائق . غير أنه أختلف حول مدى القيمة القانونية لمبادئ حقوق الإنسان (١٣) ويمكننا رصد اتجاهات ثلاث فى هذا الصدد :

الأول : ينادى باعطائها قيمة قانونية تعلو على الدستور نفســه .

والثانى : ينادى بأنها ليست لها سوى قيمة أدبية أو فلسفية محضة

أما الثالث : فقد ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسى حين قرر أن أعلانات حقوق الإنسان التى وردت فى مقدمة دستور سنة ١٩٤٦ تتضمن مبادئ قانونية عامة ، وأنهـــا ـ وإن خلـت مــن القـــوة الإلزامية للقانون الوضعى .

ـ الا أنها تشتمل على قواعد تحديد الغاية من نظام الدولة وترسم البرنامج الذى تدعين أن يسير عليه المشرع ، وأن يلتزم بمراعاته من الناحية السياسية ، وبه ، فإن هذه القواعد تمثل مجرد توجيهات للمشرع ولا يتوقف عليها مباشرة تحديد المركز القانونى للفرد !! وجلى مما تقدم ، أن حقوق الانسان فى الاسلام لها قيمة تفوق تلك المعطاة لها فى ظل الفكر القانونى الوضعى ، بل لن نقول غير الحقيقة إذا قلنا أن حقوق الإنسان فى الاسلام لا تقف قيمتها عند مجرد كونها " حقوقا " بل هى " ضرورات " إنسانية فردية كانت أو أجتماعية اذ أن لاسبيل لحياة الإنســان بدونها حيـــاة تستأهل معنى الحياة فيتعين ويتعين والامر كذلك الحفاظ عليها ليس باعتبارها مجرد حق للإنسان بل أيضا " واجبا " عليه يأثم هو ذاته ـ فرداً أو جماعة ـ إن هو فرط فيه . ناهيك عن الإثم الذى يلحق كل من يمنع تمتع الإنسان لهذه الضرورات لأنها ضرورات يتعين وجودها ولابد من تمتع الإنسان بها من ممارستها أياها حتى يتحقــق لــه المعنى الحقيقى للحياة ، وبه فإن العدوان على هــذه الضرورات اللازمــه لتحقيق جوهــر الحيـــاة هو جريمة كاملة ومؤثمة .

ثانيا : غايتا حقوق الانسان

ولاغرو فإن حقوق الانسان تستهدف إقرارا للعدالة ولكن أى عدالة تلك . . ؟لاشك فىّ أن العدالة الآلهية أى العدالة التى يحددها الله تعالى تتميز عن العدالة الانسانية التى يحددها العقل الإنسانى فى كون الأولى مطلقة فى حين أن الثانية نسبية فميـزان الله تعـــالى لا يحيـــد ولا يحيـف ولا يزيغ ، فلا إنحيار

ولاتميز إلى فئة بعينها أو عرقا معينا ، لا لطبقة بذاتها " ياأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله اتقاكم ، إن الله علم خبير " (١)

ومن مساوئ نسبية العدالة فى القانون كون القانون يتم وضعه بمعرفة القوة المسيطرة على المجتمع سواء أكانت قوة عادلة أم غير عادلة ، سواء أكانت سلطة شرعية أو غير شرعية .

ففى الدولة القانونية حيث المجتمع يخضع للقانون ، اذ يسود مبدأ سيادة القانون على الحكام والمحكومين . نجد أن القانون يوضع بواسطة سلطة شرعية منظمة تعبر عن حاجات المجتمع واهدافه .

والأمر على عكس ذلك فى الدول البوليسية حيث يوضع القانون ليخدم السلطة الحاكمة ويحقق أهدافها حتى ولو تعارضت مع اهداف المجتمع . إذ يسود مبدأ سيادة السلطة أن صح التعبير - وما تراه هذه السلطة قانونا يكون كذلك .

فأية عدالة ننتظرها إذن من قانون يخضع لميعار العدالة يتقلب بحسب وجود سلطة شرعية من عدمه . وحتى فى ظل الدولة القانونية لا نستطيع أن نساير ما ذهب إليه الفيلسوف هو بز HoBBES من أن المعيار الوحيد للعدل هو القانون ذاته بحيث أن إية قاعدة يضعها القانون يجب - كامر واقع - أن تكون عادلة فى ذاتها . لأن هذه الحجة من الصعب الدفاع عنها لأنه ليس هناك سبب معقول يمنعنا من أن نملك السلطة لتقييم جوهر العدل فى قاعدة قانونية بقرينة خارجية (١٤) .

ومن أبرز هذه القرائن فى نظرنا أن تتعارض القوانين الفردية مع قيمنا الانسانية ، وذلك عندما يستهدف القانون حماية مصلحة جماعة خاصة ، نظرا لأنها تمثل فى موازين القوى التى تحكم المجتمع وصنعا متميزا تجاة جماعات أخرى سواء كانت هذه الجماعات تشكل أقلية أو أكثرية من مجموع السكان (١٥).

وهكذا نجد أن العدالة لها معنى مطلق فى الشريعة الغراء فى حين أن معناه نسبى فى الفكر القانونى المعاصر على النحو السالف بيانه .

ثالثا ... حقوق الإنسان والتوازن فى المجتمع :

ترمى حقوق الإنسان فى الاسلام الى تحقيق التوازن فى المجتمع : سواء تمثل هذا التوازن فى أقتران الحقوق بالواجبات أو فى عدم طغيان حقوق الفرد على حقوق الجماعة .

أ) اقتران الحقوق بالواجبات .

تقترن الحقوق بالواجبات فى الشريعة الأسلامية بشكل ملحوظ فكل حق يقابله واجب ، فعلى سبيل المثال نجد أن واجبات الحكام وحقوقهم تقابل من ناحية أخرى حقوق الرعية وواجباتها اذ يقول الله تعالى : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعما يعظكم به ، إن الله كان سميعا بصيرا . ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنوا بالله واليوم الآخر، ذلك خير وأحسن تأويلا ..." (١٦).

ويتفق القانون الوضعى مع الشريعة الغراء فى هذا الصدد حيث يقابل كل حق واجبا يقع على عاتق شخص أو أشخاص معينين أو على الكافة .

ب) التوازن بين حقوق الأفراد وحقوق الجماعة .

يقسم الإمام إبن تيميه الحدود " الحقوق " إلى قسمين ، أولهما الحدود والحقوق التى ليست لقوم معنيين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم وكلهم محتاج اليها وتسمى حدود الله وحقوق الله مثل حد قطع الطرق والسراق والزناة ونحوهم ومثل حدود الحكم فى الأموال السلطانية والوقوف والوصايا التى ليست لمعين ، فهذه من أهم أمور الولايات . ولهذا قال على بن أبى طالب رضى الله عنه . لابد للناس من إمارة برة كانت أو فاجره ، فقيل : ياأمير المؤمنين هذه البره قد عرفناها فما بال الفاجرة ؟ فقال: تقام بها الحدود وتأمن بها السبل ويجاهد بها العدو ويقسم بها الفئ . وهذا القسم يجب على الولاة البحث عنه وإقامتـه من غير دعـوى أحـد به .. "

أما القسم الثانى من الحدود والحقوق لدى الفقيه أبن تيمية فهى تلك " الحدود والحقوق التى لآدمى معيـن فيقـول الله تعالى (قل تعالوا أتل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا ولاتقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ولاتقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولاتقتلوا النفس التى حـرم اللـه إلا بالحـق ... ولا تقربوا مال اليتم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا الكيل والميزان بالقسط ، لاتكلف نفساً إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولـو كـان ذا قـربى وبعهـد الله أو فوا ..."(١٧)

إلا أنه بجانب الحق العام والحق الخاص يوجد صنف آخر من الحقوق تمتزج فيه حقوق الجماعة مع حقوق الأفراد'. وبمعنى آخر نجد أن هذه الحقوق الأخيرة يوجد بها جانب أجتماعى لهم المجتمع ككل فضلا عن جانبها الخاص بفرد بعينه وذلك مثل غش المبيعات (١٨)

وتمتاز الشريعة الغراء بأنها فى تقريرها للحقوق تعقد الموازنة بين حق الفرد وحق الجماعة دون طغيان أحدهما على الآخر إذ أن " وضع الشريعة إذا سلم أنها لمصالح العباد فهى عائدة عليهم بحسب أمر الشارع وعلى الحد الذى حده لإعلى مقتضى أهوائهم وشهواتهم" لذا نجد أن الله تعالى ذم الهوى " والزم المؤمنين حدود الله التى تفصل الحقوق والواجبات إذ يقول تعالى " ولو اتبع الحق أهوائهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن (١٩).

صحيح أن القانون يعرف الحقوق الفردية والحقـوق العامـة إلا أن معيار التفرقة بين هذه الحقوق وتلك يخضع للقوة التى تسيطر عل المجتمع فتذوب الحقوق الخاصة فى الحقوق العامة الأمر الذى قد يصل إلى عدم وضوح التفرقة بين ما هو حق خاص وحق عام ، فعلى سبيل المثال نجد أن كثيرا ما يحدث خلطاً من حيث الواقع أو من حيث نصوص القانون بين شخص رئيس الدولة وما يثبت له من حقوق والمجتمع أو الدولة ومالها من حقوق أو مكنات قانونية وبذا يصير معيـار التفرقـة بين ما هو خاص أو عام من الحقوق يتوقف على مدى ماتراه السلطة الحاكمة ، وذلك يتوقف بدوره على مدى خضوع هذه السلطة لمبدأ سيادة القانون ، ومدى تعبير هذا القانون عن متطلبات المجتمع وأحتياجاته وهى أمور يصعب أجتماعها فى أنظمة الحكم القائمة إلا نادرا .

خلاصة ..

خلاصة القول ، فيما تقدم ، أن حقوق الإنسان فى الشريعة الغراء مصدرها الله تعالى وأنها تستهدف إقرار العدالة المطلقة وتراعى تحقيق التوازن بين الحقوق والواجبات وبين

حقوق الأفراد وحقوق المجتمع وتمتاز الشريعة فى هذه الأمور جميعها على القانون الوضعى الذى يصدر عن الفكر الإنسانى مستهدفاً عدالة نسبية يتم تحديدها عن طريق القوة التى تحكم المجتمع ومدى خضوعها للقانون ومدى تعبير هذا القانون عن مصالح المجتمع الأمر الذى ينعكس بلاشك على حقوق الإنسان ومن بينها حقه فى محاكمة عادلة .

ثانيا : حق الانسان فى محاكمة عادلة

* يبرز من بين حقوق الانسان حقـة فى محاكمـة عادلة ، وهى لا تكون كذلك فى نظرنا ـ الا اذا توافرت لها العناصر التالية :

١ـ المساواة امام القانون أو الشرع ،

٢ـ المساواة إمام القضاء .

٣ـ كفالة حقوق الدفاع دون تمييز وسنبسط هذه العناصر فيما يلى :

١) المساواه أمام القانون أو الشرع :

عرفت الشريعة الغراء هذا المبدأ منذ أربعة عشر قرنا من الزمان بصورته المطلقة إذا أقرت المساواه امام أحكام الشريعة دون تفرقة بين مسـلم وذمى .

فنصوص الشريعـة جـاءت بصياغة عامة تدل على هذا المعنى ، اذ يقول الله تعالى " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ، أن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما ،فلا تتبعوا الهوى ان تعدلوا ، وان تلوا أو تعرضوا فان الله كان بما تعلمون خبيرا كما يقول عز وجل " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا أعدلوا فتعدلوا فهمو أقرب للتقوى " ـ (٢٠)

كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم أوضح هذه المساواه بقوله والله لو فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها انما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الوضع اقاموا عليه الحد " هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان الفقة الاسلامى يوضح أن الذمى " من أهل دار الاسلام (٢١) ودار الاسلام هى تلك التى تكون تحت سلطة حاكم الاسلام وشريعة الاسلام حتى ولو كان اهلها أو اغلبهم غير مسلمين ، فيكفى كونها فى يد الامام وإسلامه (٢٢) .

ولذا تطبق على أهل الذمة فى دار الاسـلام أحـكام الأسـلام ويتمتعون بحقوقهم كما يلتزمون بواجباتهم وهم فى حماية دولة الاسـلام .

ويقول الماوردى أن اهل الذمة " اذا تشاجروا فى دينهم واختلفوا فى معتقدهم لم يعارضوا فيه ولم يكشفوا عنه ، واذا تنازعوا فى حق وترافعوا فيه إلى حاكمهم لم يمنعوا منه ، فان ترافعوا فيه إلى حاكمنا حكم بينهم بما يوجبه دين الإسلام وتقام عليه الحدود إذا أتوها (٢٣)

هذا وقد روى نافع عن ابن عمر قوله : كان آخر ما تكلم به النبى صلى الله عليه وسلم " احفظونى فى ذمتى " كما روى عنة " من آذى ذميا أو معاهدا فأنا خصمه يوم القيامة "

واذا اتجهنـا شـطر الفـكر الوضعى نجد أن الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر عن هيئة الامـم المتحـدة سـنة ١٩٤٨ م أقر مساواة الجميع امام القانون وحقهم فى التمتع بحمايته على وجه التكافؤ دون تفرقة وكذلك حقهم فى الحماية من أى تمييز يخل بالاعلان العالمى لحقوق الانسان

ومن أى تحريض على هذا التمييز (م٧)

وهذه المساواة لم تكن مطلقة على هذا النحو فى اعلان استقلال الولايات المتحدة الصادر فى ٦ يوليو سنة ١٧٧٦م الذى نص على " أن كل الرجال قد ولدتهم أمهاتهم سواسة " فواضح من هذه الصياغة ان المساواة للرجال فحسب دون النساء .

وأيا كان فان القانون الوضعى يعرف الكثير من الاستثناءات التى تخل بالمساواة الحقيقية بين الناس جميعا ، الأمر الذى يسفر عنه اختلال كبير فى موازين العدالة الانسانية بشكل صارخ .

٢) المساواه امام القضاء

* لاشك فى نظرنا ان المساواة امام القضاء ترتبط بالمساواة أمام القانون ارتباطا لا انفصام له . فالقضاء هو الذى يلجأ اليه الأفراد ليفصل فيما عساه ان يحدث من خلاف بشأن تطبيق احكام القانون دون تمييز فاذا كان القضاء لا يحترم مبدأ المساواه أماما فلا جدوى من التجاء الأفراد لحاجة المساواة أمام القانون لان فاقد الشئ لا يعطيه .

هذا ولقد أقرت الشريعة الغراء مبدأ المساواة امام القضاء فنصوص الشريعة وقواعدها العامة تمنع ولاة الأمور فى الأمه من التدخل فى القضاء لتوجيهه لصالح خصم من الخصوم لأن فى ذلك ظلم ، والظلم كله محرم . كما حرص الخلفاء الراشدون ورؤساء الدولة الاسلامية على صيانة القضاء من التدخل ضمانا للحق وارساء للعدل فلم يسعوا الى تحويل الاحكام لصالحهم أو لصالح من يحبون ، ولكنهم كفلوا لاحكام القضاء الاحترام والنفاذ حتى ولو تعلقت هذه الاحكام بأولى الآمر أنفسهم بل ولو كانت صادرة ضدهم ، إذ كانوا ينفذونها طائعين . وكتب الاثر غنية بكثير من المخاصمات التى كان أحد اطارفها خليفة من الخلفاء الراشدين أو احد ولاة المسلمين ، وصدرت احكام القضاء المولين من قبلهم ضدهم فقبلوها راضين ، ولعل كان الحق معروفا لدى هؤلاء الخلفاء والولاة ، ولكنهم تعمدوا طرح الخصومة على القضاة بهدف إختبار قوتهم فى الحق ، حتى ولو كان فى جانب ذمى وضد الخليفة .

* فأهل الذمة أمام القضاء لهم حقوقهم المقررة دون تمييز بينهم وبين المسلمين ، ولقد ضرب القرآن الكريم المثل فى تطبيق المساواة أمام القضاء حتى ولو تعلق الأمر بذمى بما تضمنته سورة النساء (الآيات من ١٠٥ حتى ١١٥) التى تضمنت تبرئة يهودى من تهمة زور وتدين المدعين بالكذب من المسلمين .

* كما كتب عمر بن الخطاب الى أبى موسى الأشعرى فى رسالته المشهورة " آسى ـ أوسو ـ بين الناس فى خلقك وعدلك ووجهك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولاييأس ضعيف من عدلك " كما كتب الى ابى عبيده بن الجراح بالشام ما نصه " إذا حضرك الخصمان فعليك بالبينات العدول والايمان القاطعة ، ثم أذن للضعيف حتى تبسط لسانه وتجرىء قلبه ، وتعهد الغريب فأنه اذا طال حبسه (أى بقاؤه فى البلد مغتربا حيث دار القضاء) ترك حاجته وانصرف الى اهله ... واحرص على الصلح ما لم يستبن لك القضاء(٢٤)

هذا ولقد عرف الفكر القانونى الوضعى مبدأ المساواة امام القضاء اذ نص الاعلان العالمى لحقوق الانسان على تأكيد هذا المبدأ بقوله أن " لكل انسان الحق على قدم المساواة التامة مع

الآخرين ، فى أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علينا للفصل فى حقوقه والتزاماته ، واية تهمة جنائية توجه اليه " كماحرص الاعلان المذكور على تأكيد هذا المبدأ بالنسبة للمتهم بما نصت عليه المادة الحادية عشر فى فقرتها الاولى بقولها " كل شخص متهم بجريمة يعتبر برئيا الى ان تثبت أدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه "

وفى فرنسا يعبر عن هذا المبدأ بان كل الناس لهم على قدر التساوى أن يحاكموا بواسطة نفس القضاء وحسب نفس القواعد الاجرائية دون تمييز لأحد

toute lemonde a une égale vocation a étre juge les mêmes jurdici-tion et selon les mêmes regles de Procédure sans aucune discrimination.

ورغم إقرار هذا المبدأ فى الفكر القانونى الوضعى ، الا أن هذا الفكر يعرف العديد من جهات القضاء الاستثنائية مما يسفر عن اخلال صارخ بهذا المبدأ

٣) كفالـة حقـوق الدفـاع دون تمييز :

حرصت الشريعة الغراء على احترام حقوق الدفاع وجعلته اساسا من أسس القضاء الاسلامى ؛ إذ روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله للامام على بن إبى طالـب حيـن بعثـه الى اليمن " يا على اذا جلس اليك الخصمـان فلا تقضى بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فانك اذا فعلت ذلك لتبين لك القضاء (٢٥) كما روى عن المنـذرى قوله صلى الله عليه وسلم " اذا اتاك احد الخصميـن وقـد فقئـت عينـه فلا تقضى له حتى يأتيك خصمة فلعله قـد فقئـت عينـاه جميعـا (٢٦)

هذا ولقد عرف الفكر القانونى الوضعى مبدأ كفالة حقوق الدفاع دون تمييز؛ إذ تنص المادة الحادية عشر فى فقراتها الاولى من الاعلان العالمى لحقوق الانسان على أن " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا الى أن تثبت ادانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع .

ولعل هذه الصياغة العامة لحقوق الدفاع هى التى دفعت واضعى الاتفاقية الدولية لحقوق الانسان التى وافقت عليها الجمعية العامة للامم المتحدة فى ١١ ديسمبر ١٩٦٦ - الى توضيح ماهية هذه الحقوق حيث نصت المادة ١٤ فقرة (٣) منها على أنه يكون لكل شخص ، عند نظر أى تهمة جنائية ضده ، الحق فى ضمانات الحد الادنى التالية :

* أن يكون له الوقت الكافى لتحضير دفاعه ، وأن يتصل بمحام من اختياره ....

* ان يحاكم حضوريا وان يدافع عن نفسـه بشـخصه أو عن طريـق مساعده قانونية من أختياره ...

* ان يخطر - اذا لم تكن لديه مساعدة قانونية - بحقة فى ذلك وان تهيأ له مساعدة قانونية فى أية قضية تتطلب فيها ذلك مصلحة العدالة ، ودون ان يدفع تكاليفها فى هذه الحالة اذا لم تكن لديه الامكانيات لذلك "

ورغم هذا الاقرار لحقوق الدفاع من جانب الفكر القانونى الوضعى الا أن هذه الحقوق يتم المساس بها بشكل أو بآخر لاسيما فيما يتعلق بالمحاكمات الاستثنائية التى تعرفها العديـد مـن الأنظمـة القانونية الوضعية إذ تنحسر - أو

تكاد حقوق الدفاع امامها الأمر الذى يمس فى الصميم حق الانسان فى محاكمة عادلة .

خلاصة وخاتمه :

بان مما تقدم أوجد الخلاف بين الفكر القانونى الوضعى والشريعة الغراء فيما يتعلق بالمبادئ التى تحكم حقوق الإنسان ، وابرز هذه الاوجه ما يتعلق بمصدر هذه الحقوق الألهى وما يضفيه هذا المصدر من استهداف للعدالة المطلقة ، واقرار التوازن بين الحقوق والواجبات وبين والحقوق الفردية وحقوق المجتمع وبدا مما تقدم مدى تميز الشريعة الغراء فى هذا الصدد على الفكر القانونى الوضعى الذى انعكس فيه التصور الانسانى على حقوق الانسان فقصر على أن يستهدف عدالة مطلقة واكتفى بالعدالة النسبية ولم يفلح فى تحقيق التوازن بين الحقوق والراجبات أو بين الحقوق الفردية وحقوق المجتمع دون تحيز أوانحياز كما انعكس هذا الاختلاف على الإنسان فى محاكمة عادلة من خلال احترام مبدأ المساواة أمام القانون أو الشرع ومبدأ المساواة امام القضاء ومبدأ كفالة حقوق الدفاع دون تمييز ولعل ابرز أوجه هذا الاختلاف ما يتعلق بالقضاء الاستثنائى الذى يمثل سمة بارزة فى القضاء الوضعى وما يستتبع هذا من اخلال حتيقى بحقوق الدفاع امام القضاء

وخلاصة القول ان الشريعة الغراء كان لها السبق فى كفالة حقوق الإنسان ولاسيما حقه محاكمة عادلة بضامين مطلقة لا تقبل التفرقة بين مسلم وذمى طالما ان هذا الاخير يقيم فى دار الاسلام لذلك ننتهز الفرصة للمناداه بنبذ فكرة تقسيم لبنان الشقيق ، تلك الفكرة التى تحتمى بمقولة استحالة التعايش بين المسلمين والمسيحين كابنناء وكمواطنين متساويين فى وطن واحد لان هذه المقولة فيها من الاجحاف بالاسلام الكثير وفيها من الجهل بتعاليمه اكثر فالاسلام يحترم حقوق الانسان المسيحى باعتباره ذمى على النحو الذى أورده هذا البحث . و ... ياأيتها الحقيقة كم من الجرائم ترتكب باسمك .

الحريــة

لو كنا نعيش بالخبز والماء لكانت عيشتنا راضية . ولكن غذاءنا الحقيقى الذى به نحيا ، ومن اجله نحب الحياة . ليس هو اشباع البطون الجائعة إنه ارضاء العقول والقلوب . وعقولنا وقلوبنا لا ترضى إلا بالحرية ...

أستاذ الجيل
أحمد لطفى السيد

(١) في تعريف حقوق الإنسان ، راجع :

Gaius Ezgiofer, Protection of Human Rights, Under. The Law, P. 5.

(٢) الآية رقم ٤٠ من سورة يوسف .

(٣) الآية رقم ٤٤ من سورة المائدة .

(٤) الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة .

(٥) الآية رقم ٤٧ من سورة المائدة .

(٦) الآية رقم ٢٥ من سورة الحديد .

(٧) الآية رقم ١٧ من سورة الشورى .

(٨) الآيات من ٩٧ إلي ٩٩ من سورة النساء .

(٩) الآيات من ٤ ـ ٦ من سورة القصص .

(١٠) الآية ٢٥٨ من سورة البقرة .

(١١) الآيات من ٧٦ حتى ٧٨ من سورة القصص .

(١٢) راجع في هذا المعنى .

عمر ممدوح مصطفى : القانون الروماني ـ ط٣ القاهرة ١٩٥٩م ص ١٦ .

(١٣) للمزيد ، أنظر :

أحمد فتحي سرور ـ الشرعية والإجراءات الجنائية ـ طبعة ١٩٧٧ ص ١٠٩ وما بعدها .

(١٤) دنييس لريد ـ فكرة القانون ـ سلسلة عالم المعرفة تعريب سليم الصويص مراجعة سليم العدد ٤٧ محرم / صفر ـ ١٤٠٢هـ ـ نوفمبر (تشيرين ثاني) ١٩٨ ص ١٥٩ وما بعدها .

(١٥) المرجع السابق ص ١٦٠ .

(١٦) الآيتان ٥٨ ، ٥٩ من سورة النساء .

(١٧) الايات من ١٥١ حتى ١٥٣ من سورة الأنعام .

(١٨) راجع الماوردي الأحكام السلطانية ص٢١ القاهرة ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ .

(١٩) الاية ٧١ من سـورة النـور .

(٢٠) الاية ١٣٥ من سـورة النسـاء .

(٢١) راجع : السرخسي : المبسوط ج١ ص ٨١ ، الكاساني : بدائع الصنائع : ج٥ ص ٢٨١ ابن قدامة المغنى ج٥ ص ٥٩٦ .

وراجع إيضا : عبد الكريم زيدان : الفرد والدولة في الشريعة الإسلامية ـ الاتحاد الاسلامى العالمى للمنظمات الطلابية ـ ص ١٨

(٢٢) انظر : عبد الكريم زيدان ـ الفرد والدولة ص ١٩ .

(٢٣) الماوردى : الأحكام السلطانية ـ ص ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٤٦ .

(٢٤) أبو يوسف ـ الخراج ـ ص ١٢٦ وما بعدها .

(٢٥) رواه أحمد وأبو داود والترمذى وأقر به أيضا ابن حبان صححه وحسنه الترمذى ، وراجع : نيل الأوطار الشوكانى ـ جـ ٨ ص ٣٠٩ .

(٢٦) الماوردى ـ الأحكام السلطانية ـ ص ٦٧ .

بحث

فى تزوير المحررات وفى تحديد معنى الرسمية فى تطبيق نصوص التزوير فى القانون الجنائى وفى ضوء ما استقر عليه قضاء النقض فى مصر

للسيد الاستاذ / احمد جمعة شحاته ـ المحامى بالنقض

تمهيد :

لجرائم التزوير فى المحررات أهمية خاصة بقدر ما صار للكتابة من دور رئيس متزايد فى حياة الانسان .

وهى جريمة عظيمة الشر جسيمة الضرر .

وجرائم التزوير جرائم دقيقة متنوعة تحتاج فى معالجتها الى عناية خاصة بسبب تباين طرق التزوير وتنوع المحررات. ولتشابهها مع أنواع اخرى من جرائم الكذب كالشهادة الزور والبلاغ الكاذب والنصب والغش فى المعاملات .

بل مع انواع من الكذب وتعتبر الحقيقه فى المحررات لاعقاب عليها كالصورية والتدليس فى العقود المدنية . حتى أنه لكى يقف المطلع على آراء اشهر الفقهاء وهو فستان هيلى فى اشهر القوانين وهو القانون الفرنسى نورد الجملة التى استهل بها باب التزوير فى المحررات قال : ـ

" الان نشرح مادة حرجة وهى التزوير فى المحررات فالموضوع محاط بالخفاء من كل الجهات لذلك كان القول فيه صعبا لايجاز لفظ القانون حيث أقتصر الشارع على معاقبة من يضع ورقة أو يغير فى ورقة مكتوبة من قبل دون أن ينص على الصفات التى تتميز بها الجريمة ولتفرع طرق التزوير والتفنن فى اساليبه والمحاكم بين ذلك مترددة غير مستقرة على مذهب واحد . لذلك نراها تغفل آحيانا عن قواعد يجب استنباطها من مفهوم القانون أو استخلاصها من معاينة المتفرقة وجاءت احكامها فى أحـوال شتى يظـهر ذلك خصوصا اذا جردت عن الظروف التى صدرت فيها وذلك مما يزيد فى الموضوع غموضا " .

(انظر شوفو وفستان هيلى ـ شرح قانون العقوبات الفرنسى ـ الجزء الثانى) :ـ الطبعة الخامسة ـ نبذة ٦٣٨ ص ٣٢٥) .

وهذا ايضا ما جاء على لسان عمدة القانون والشرع الكبير المرحوم أحمد فتحى زغلول باشا فى كتابه التزوير فى الاوراق الرسمية .

" ولقد كنا نحسب أن قانوننا المصرى الذى اتخذ ذلك القانون اساسا له خصوصا فى باب التزوير قد استفاد من تجارب السلف واطلع على مؤلفات فقهائنا فى تلك المدة الطويلة فأتى لنا بنصوص تفوق تلك تمكنا فى الالفاظ وأحكاما فى المعانى وبيانا فى التركيب ونسقا فى الترتيب وتجاذبا فى الافكار وانسجاما فى الموضوع حتى اذا طالعناه مع التأمل الدقيق رجعنا من الرجاء بصفقة المغبون وودنا لو أنه أنتحل مادة ذلك الاساس قيما منها ولكنه غير حيث وجبت المحافظة على الاصل وحذف ما كان يجب أن يزاد عليه " .

ومما لفت النظر حين البحث فى جنحة التزوير فى الاوراق الرسمية وفى نطاق الرسمية فى القانون . وجدنا أن الفقه والقضاء الجنائيين

يتوسع فى تحديدها الى مدى يتجاوز حدود الرسمية فى قانون الاثبات .

وسيكون موضوع هذا البحث بالتحديد أن نتعرف على اللحظة التى يعتد بها بصفة المحرر . وآراء فقهاء القانون الجنائى والقضاء المصرى وتفسير محكمة النقض وما استقر عليه قضاؤها فى هذا الشأن من نطاق التزوير فى الاوراق الرسمية .

اللحظة التى يعتد فيها بصفة المحرر :-

المحرر الرسمى :-

لم يرد فى نصوص التزوير تعريف للمحرر الرسمى . بل أن هذه النصوص لم تستعمل هذا المصطلح اصلا . أنما استعملت مصطلحا أخر هو السندات والاوراق الاميرية .

ويتضح ذلك من عبارة المادة ٢١١ع فقد نصت هذه المادة على عقاب كل صاحب وظيفة عمومية ارتكب فى اثناء تأدية وظيفته تزويرا فى احكام صادرة أو تقارير أو محاضر أو وثائق أو سجلات أو دفاتر أو غيرها من السندات والاوراق الاميرية .

وجرى الفقه والقضاء من زمن على أن هذه السندات والاوراق انما يقصد بها المحررات الرسمية .

ولما كان القانون لم يعرف هذه المحررات فقد أهتدى الفقه والقضاء الجنائيان فى تعريفهما بما نص عليه القانون المدنى ثم من بعده قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية .

مفهوم المحرر الرسمى فى قانون الاثبات :-

نصت م١٠ من قانون الاثبات على ان المحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقا للاوضاع القانونيه وفى حدود سلطته واختصاصه . ويرى فقهاء القانون المدنى أن صحة المحرر الرسمى مرهونة بتوافر ثلاثة شروط " هى الصفة والختصاص والشكل ..

فى الفقة والقضاء الجنائيين : -

أهتدى الفقه والقضاء والجنائيان فى تعريف المحرر الرسمى بالتعريف المدنى الى حد كبير .

وأتفقنا على أن المحرر الرسمى هو ما يحرره موظف عام مكلف بتحريره بحكم وظيفته وعلى موجب ما تقضى به القوانين واللوائح .

وهو ذات التعريف المدنى - فهو يتكون من ثلاثة : عناصر - هى الصفة والاختصاص والشكل .

ويشترط لانطباق المادتين ٢١١ ٢١٣ع علاوة على تحقق الاركان العامة فى التزوير . تحقق شرائط اضافية وهى : -

١) وقوع التزوير فى محرر رسمى .

٢) من موظف عام .

٣) اثناء تأدية وظيفته .

الرسمية فى أحكام محكمة النقض :-

لقد قررت محكمة النقض فى احكمها أن : -

المحررات الرسمية " هى المحررات التى يجب أن يكون تحريرها مفروضا على الموظف العمومى بمقتضى القوانين أو اللوائح " .

نقض ١٩٣٥/٣/٤ - القواعد القانونيه جـ ٣ رقم ٣٢٩ ص ٤٢١

نقض ١٧/١٢/١٩٥١ ـ احكام النقض س٢ رقم ١١٥ ص ٢٩٧ .

وفى حكم اخر قالت : ـ

" ان أختصاص الموظف بتحرير الورقه الرسمية لا يستمد من القوانيــن واللوائـح فقـط . بـل يستمده كذلك من أوامر رؤسائه لهم أن يكلفوه به . كما قد يستمد المحرر رسميته من ظروف انشاؤه أو من جهة مصدره وبالنظر الى البيانات التى تؤرخ به ولزوم تدخل الموظف لاثباتها أو لاقرارها " .

نقض ١٦/٥/١٩٦٠ ـ أحكام النقض س ١١ رقم ٨٨٠ ص ٥٧.

وفى احكام أخرى : ـ

لا يشترط كى تسبغ الصفه الرسمية على الورقة أن تكون محررة على نموذج خاص . ذلك ان الصفه الرسمية أنما يسبقها محررها لاطبعها على نموذج خاص والرسمية تتحقق حتى متى كانت الورق صادرة أو منسوبا صدورها الى موظف مختص .

بتحريرها سواء كان اساس الاختصاص قانونا أم مرسوما أم لائحة أم تعليمات أم بناء على أمر رئيس مختص . أم طبقا لمقتضيات العمل .

نقض ٣/٤/١٩٦١ أحكام النقض س ١٨ رقم ١١٠ ص ٥٥٩

ويتوسع الفقة والفقهاء فى تحديد معنى الرسمية فى تطبيق نصوص التزوير الى مدى يتجاوز حدود الرسمية فى قانون الاثبات .

ويتضح ذلك بالنسبه لشرط الصفة :

فلقد درج الفقه بالاجماع على اعتبار المحرر المصطنع والمقلد رسميا ولوكان الجانى غير موظف . وجرت محكمة النقض على ذلك فقضت :

" أن المحرر الذى يصطنع فى صورة المحررات الرسمية ويتسنب زورا الى الموظف العمومى المختص بتحرير اشباهه ـ ولو أنه لم يصدر فى الحقيقة عن الموظف المذكور ـ يعطى حكم المحرر الرسمى فى باب التزوير " .

نقض ٢ يونيه ١٩٥٢ احكام النقض س٣ ص١٠١٧ رقم ٣٧٩

وجرت محكمة النقض علي ذلك ـ وترددت في بعض احكامها فلم تجعل هذه المحررات رسمية في الحقيقة بل اعتبرتها كذلك حكما غير ان محكمة النقض طرحت هذا التردد جانبـا وصرحـت باعتبار المحرر رسـميا في هذه الحالـة حقيقيا لاحكما وقضت :

" بان المحرر يعتبر رسميا في حكم المادتين ٢١١ ، ٢١٣ من قانون العقوبات متي صدر او كان في الامكان صدوره من موظف عام مختص بتحريره بمقتضي وظيفته او التداخل في هذا التحرير " .

نقض ٣ فبراير ١٩٦٩ احكام النقض س٢٠ ص٢١٢ رقم ٤٦ .

يتضح ذلك ايضا بالنسبة لشرط الاختصاص :

وأتفق الفقه والقضاء الجنائيان باطراء على أن عدم الأختصاص لا يسقط عن المحرر صفه الرسمية باطلاق وانما تسقط هذه الصفه فحسب حين يؤدي هذا العيب الي افتضاح التزوير .

فأما ان كان البطلان الناشيء عن ذلك ـ الاختصاص ـ مما تفوت ملاحظته علي كثير من الناس فان العقاب يكون واجبا لان الاخلال بالثقه اللازمة للمحرر الرسمي يترتب عليه ضرر . وتغير الحقيقه من شأنه ان يزعزع هذه الثقه .

نقض ٢٣ يونيه ١٩٥٩ احكام النقض س١٠ ص٦٧٤ رقم ١٥٠.

ويتضح ذلك ايضا بالنسبة للشكل

فقضت محكمه النقض بان التزوير في الاوراق الرسمية يعاقب عليه ولو كان حاصلا في محرر باطل شكلا لاحتمال حصول الضرر منه للغير او للجميع اذ ان المحرر الباطل وان جرده القانون من كل اثر قانونى قد تتعلق به ثقه الغير ممن لا يتضح امامهم ما يشوبه من عيوب ويصح ان يخدع فيه كثير من الناس .

نقض ١٠ يونيه سنه ١٩٦٨ احكام النقض س١٩ ص٦٧٣ .

نطاق الرسمية في المحررات:ـ

تقتصر الرسمية علي ما تدخل فيه الموظف وكان تدخله جزءا من اختصاصه ولا تكتسب الورقه صفه الرسمية في جميع اجزائها وبالنسبة لكل بياناتها لمجرد ان الموظف العام تدخل فيها .

وينتج عن ذلك ان الورقة الواحدة يمكن ان تضم محررين احدهما رسمي والاخر عرفي ويتحدد نوع التزوير تبعا لطبيعه البيان الذي وقع فيه تغير الحقيقه.

والذي يهمنا في هذا البحث ان نتعرف علي اللحظه التي يعتبر فيها بصفه المحرر .

الاصل:

ـ ان تحدد صفة المحرر بالوقت الذي يحصل فيه تغيير الحقيقة .

ـ فهذا الوقت هو المعول عليه في اعتبار التزوير واقعا في محرر رسمي او عرفي .

ـ ويصبح الامر دقيقا في طائفة المحررات التي تبدأ عرفية ثم تنقلب الي رسمية بتدخل الموظف فيها .

وكان : الاصل عند تحديد نوع التزوير الواقع في هذه المحررات ان ينظر اليه وقت ارتكاب التزوير فان كان سابقا علي تدخل الموظف العام كان المحرر عرفيا وان كان لاحقا لتدخل الموظف كان رسميا .

بيد أن الفقه والقضاء يذهبان غير هذا الاصل .

فالسائد انه اذا تحول المحرر العرفي الي رسمي فان صفة الرسمية تثبت بأثر رجعي ـ اي من لحظة انشاء المحرر بمعني ان تنسحب رسميته الي ما سبق من اجراءات .

وتعبر محكمة النقض عن هذا المعني بقولها :

" ان العبرة بما يؤول اليه المحرر وليس بما كان عليه في اول الامر "

.نقض ٩ يونيه ١٩٦٧ احكام النقض س١٨ ص٦٤ رقم ٩ .

الطعن رقم ١٣٠٦ لسنه ٤٢ ق جلسة ١٩٧٣/١/٨ س٢٤ ق١٧ ص٧٢ .

الطعن رقم ٩٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٣ س٢٩ ق٧٨ ص٤٠٩ .

غير ان هذا الرأي وان كان مجمعا عليه في احكام محكمه النقض .

الا أن هذا التفسير ما هو إلا اجتهاد علي اي حال .

وهذا الراي يفتقر الي السند القانوني ويتعارض مع المبادىء العامة في نظرية الجريمة ويتناقض مع مبادئ مستقرة لمحكمة النقض ويتناقض ايضا مع احكام الشريعة الاسلامية ومع الدستور .

فلقد حرصت محكمة النقض وأكدت فى أحكامها أنه عند البحث فى توافر اركان جريمة معينة يجب أن يقصر النظر على الوقت الذى ارتكبت فيه تلك الجريمة .

وبالنسبة لجريمة التزوير فان البحث فى وجود الضرر وأحتماله :

أنما يرجع فيه الى الوقت الذى وقع فيه تغيير الحقيقة بغير

التفات الى ما قد يطرأ فيما بعد .

فقضت محكمة النقض :

" عند البحث فى توافر أركان جريمة معينة يجب أن يقصر النظر على الوقت الذى ارتكبت فيه الجريمة . فاذا رؤى ان الضرر الذى هو ركن فى جريمة التزوير مثلا قد كان وقت مقارفة الجريمة محتمل الوقوع ولم يكن مستحيل التصور مهما طرأ بعد ذلك من الظروف التى يمكن ان تحول دون وقوع الضرر أو تمنع احتمال وقوعه لانها إما أن تكون قد وقعت باسباب خارجة عن إرادة الجانى فلا يمكن أن يكون لها أثر فى محو جريمته . واما ان يكون الجانى نفسه هو الذى اراد ان يتلافى الامر ويحول دون وقوع الضرر أو يصلح ما افسده بسابق فعله . والمتفق عليه فى هذه الصوره ان فعل الجانى اللاحق لا يمكن ان يمحو سابقة جرمه . وبخاصة فى جريمة التزوير حيث يكفى فيها أن يكون ركن الضرروقت ارتكابها محتمل الوقوع (مجرد احتمال) "

نقض جلسة ١٩٣٣/٥/١٢
طعن رقم١٦٤٣ سنة٣ق .

كما قضت :

" تقدير توافر الضرر أو احتماله يكون عند مقارفة الجريمة لا بعدها "

نقض ١٩٣٢/٦/١٩ الطعن رقم ١٨٦٨ سنة ٢ ق .

كما قضت :

" أن البحث فى وجود الضرر وأحتماله فى جريمة التزوير انما يرجع الى الوقت الذى وقع فيه تغيير الحقيقة بغير التفات الى ما قد يطرأ فيما بعد " .

نقض جلسة ١٩٤٣/٥/٣
طعن رقم ١٠٥٨ سنه ١٣ ق .

نقض جلسة ١٩٤٤/٤/٣
طعن رقم ٩١١ سنه ١٤ ق .

كما قضت :

" يتحقق الضرر فى جريمة التزوير فى الورقه الرسمية بمجرد تغيير الحقيقه لما فى ذلك العبث بحجيتها وقيمتها التدليلية " .

نقض جلسة ١٩٥٠/٥/١٩
طعن رقم ٥٦٣ سنة ٢٠ ق .

نقض جلسة ١٩٥٣/٥/١٢
طعن رقم ١٠٤٥ سنة ٢٢ ق .

نقض جلسة ١٩٥٦/١٠/١
طعن رقم ٧٢٤ سنه ٢٦ ق .

الطعن ١٣٢٦ لسنة ٣٦ ق
جلسة ١٩٦٦/١٢/٥ س١٧ ق ٢٢٧ ص ١١٩٩ .

الطعن ١٤٥ لسنه ٤٢ ق
جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٤ س ٢٣ ق ٣٢٢ ص ١٤٣١ .

الطعن ١٢٦٥ لسنة ٤٩ ق
جلسة ١٩٨٠/٣/٦ س ٣١ ق ٦٢ ص ٣٢٨ .

كما استقر قضاء النقض على ان جريمة التزوير جريمة وقتية تنتهى بمجرد وقوع التزوير فى محرر باحدى الطرق المنصوص عليها فى القانون .

فقضى فى احكامها :

" جريمة التزوير جريمة وقتية تنتهى بمجرد وقوع التزوير فى محرر باحدى الطرق المنصوص عليها فى القانون ولذا يجب أن يكون جريان مدة سقوط الدعوى بها من ذلك الوقت " .

الطعن رقم ٤٠ لسنة ٣٣ ق
جلسة ١٩٦٣/٣/١٠ س ١٤ ص ٥٠١ .

الطعن رقم ١٠٨١ لسنة ٤٦ ق
جلسة ١٩٧٧/١/٢٠ س ٢٨ ص ١٤٨ .

ولا تختلف الرسمية كصفة عن الضرر من حيث ان كلاهما عنصر فى الجريمة .

ومن هذا يجب عند البحث فى صفة المحرر ان يقتصر على الوقت

الذى يقع فيه تغيير الحقيقه .

أما ما قد يطرأ على المحرر بعد ذلك فليس من شأنه ان ينسحب على الفعل وقت ارتكابه .

فالقول بالانسحاب يعتبر تعسفا فى التفسير الصحيح . ولا يستقيم مع نصوص التجريم والعقاب من حيث عدم الرجعية .

قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الموضوعية : ـ

فطبقا لهذه القاعدة أن نص التجريم لا يسرى الا على الافعال التى ترتكب بعد لحظة نفاذه .

وكما قرر استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى " ان السلطان الزمنى للنص محصورا بين لحظتين لحظة نشوئه ولحظة انقضائه فلا سلطان له من قبل اللحظه الاولى . ولا سلطان له بعد اللحظة الثانية وله سلطاناً كاملا فى الفترة بين اللحظتين " .

ولهذه القاعدة نتيجتين مرتبطتين: ـ

أولا : ـ أنه لا يجوز ان يطبق نص التجريم على فعل ارتكب قبل العمل به . وكان مباحا فى ذلك الوقت .

ثانيا : ـ لا يجوز ان يطبق نص تجريم على فعل ارتكب قبل العمل به وكان يعاقب عليه بعقوبة اخف مما يقضى به ذلك النص .

نقض ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعه القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٤١٢ ص ٥١٤ .

نقض ٨ يناير سنة ١٩٦٨ احكام محكمة النقض س ١٩ رقم ٨ ص ٣٩ .

وتأصيل هذه القواعد استنادا الى نص م ٦٦ من الدستور التى تقرر : ـ

" ... لاعقاب الا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " وم٥ من قانون العقوبات التى تقضى :

" يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها .

وهذه القاعده مستمده من مبدأ شرعيه الجرائم والعقوبات وما يقدم لتأييد هذا المبدأ يصلح ايضا لتأييد قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم .

والاستثناء الوحيد لهذه القاعدة هى رجعية النصوص الاصلح للمتهم .

ولما كان ذلك

فأن المنطق القانونى يقتضى قصر النظر عند البحث فى صفة المحرر على الوقت الذى يقع تغيير الحقيقه .

أما ما يطرأ على المحرر بعد ذلك من تحول فليس من شأنه أن ينسحب على الفعل وقت ارتكابه.

فلا يستقيم فى شئ من ذلك مع نصوص التجريم والعقاب وما استقرت عليه احكام النقض من وقتية جريمة التزوير ومن قصر النظر على الوقت الذى ارتكبت فيه الجريمة عند البحث فى توافر اركان تلك الجريمة .

ويعنى هذا المبدأ

حصر مصادر التجريم والعقاب فى نصوص القانون بتحديد الافعال التى تعد جرائم وبيان اركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها ومقدارها من اختصاص المشرع وحدة وليس للقاضى شأن فى ذلك وكل ماله أن يطبق ما يضعه الشارع من نصوص فى هذا الشأن فهذا المبدأ يضع حدا فاصلا بين اختصاص الشارع وأختصاص القاضى فالقاضى لا يستطيع أن يعتبر فعلا معينا جريمه الا اذا وجد نص يجرم هذا الفعل (مبدأ شرعية الجريمة والعقاب) .

فاذا لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل الى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بانه مناقض للعدالة أو الاخلاق أو الدين أو ضار بالمجتمع أبلغ الضرر .

واذا تطلب الشارع توافر اركان معينة لاعتبار الفعل جريمة فالقاضى ملتزما بكل هذه الاركان .

وحيث يثبت خضوع الفعل لنص التجريم فلا يجوز للقاضى ان يوقع من اجله غير العقوبة التى حددها الشارع فى هذا النص متقيدا بنوعها ومقدارها والمعاقب عليها .

وبانزال ما تقدم على التفسير الذى قررته محكمة النقض :

نجد أنه يؤدى الى امتداد نطاق النص الجنائى بحيث يشمل افعالا لم يجرمها الشارع .

لان الاهمية الاولى لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أنه ضمان لحقوق الافراد فمن يأتى فعلا لم يجرمه القانون - فأنه طبقا لهذا المبدأ فى مأمن من المسئولية الجنائية وليس فى وسع السلطات العامة أن تلومه من أجل ما فعل .

واذا كان هذا المبدأ على هذا النحو يحمى غير المجرمين فهو يضع ضمانا للمجرمين كذلك اذ يدرأ عنهم احتمال توقيع عقوبة أشد مما هو مقرر وقت ارتكاب الفعل .

ولذلك فالتفسير الصحيح للنصوص الجنائية هو التفسير الذى يطابق قصد المشرع ويكشف عنه .

وبالرجوع الى النصوص القانونيه الخاصة بالتزوير نجد أن المشرع حدد لكل نصا للتجريم نطاقا معين .

فحدد نطاقا لجريمة التزوير فى الاوراق الرسمية ونطاقا اخر جريمة التزوير فى الاوراق المصرفية . كما أنه حدد لكل منهما عقوبة مغايرة . كما وأن كل جريمة منهما تستقل عن الاخرى فى اركانها وظروفها . فلماذا اذن الخروج عن قصد الشارع باضفاء صفة على فعل ولو بغير هذه الصفة .

وأنه لو أراد الشارع أنسحاب صفة الرسمية على المحرر الذى بدأ عرفيا لافصح عن قصده فى نصوص التجريم الخاصة بالتزوير حيث يعنى المشرع ما يقول .

مما يصبح معه التفسير الذى قررته محكمة النقض فى أحكامها مخالفا لقواعد التجريم والعقاب ومخالفا أيضا لقواعد المسئولية الجنائيـــة .

ويقتضى ذلك اثبات ان من يسأل عن الجريمة قد صدر عنه سلوك يجعله طبقا للقانون فاعلا أو شريكا وأتجهت ارادته على نحو يقوم به الركن المعنوى .

وهــذه القاعــدة خرج عليها الشـارع بصفة اسـتثنائية فى المسئولية المفترضة .

ولهذه النصوص صفه الاستثناء البحت ومن ثم لم يكن التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها سائغا .

" نقض ١٨ مايو سنه ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض س ١٦ رقم ٩٨ ص ٤٨٢ " ولقد استقر قضاء النقض على ذلك .

فأفتراض المسئولية يجب أن يكون بنص القانون

مثال ذلك نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات بالنسبة للمسئولية المفترضة لرئيس تحرير الصحف عملا ينشر فى الجريدة التى يرأس تحريرها .

ذلك ان المسئولية الجنائية فى جرائم الصحافة والنشر بصفة عامة قد أتت على خلاف مبدأ شخصية

المسئولية الجنائية اذ هى مسئولية جنائية مفترضة رتبها القانون لتسهيل الاثبات فى جرائم النشر .

الا أنــه يتعين ملاحظــة أنــه لا يجوز التوسع فى هذا الاستثناء أو القياس عليه فمن جهة يجب قصر تلك المسئولية المفترضة على من نص القانون عليهم بشأنها .

والتفسير هو تحديد المعنى الذى يقصده الشارع من الفاظ لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة .

وأن التفسير هو بحث عن معنى ارادة الشارع بألفاظ معنيه هى التى يتكون منها النص القانونى .

والتفسير من حيث مصدره ثلاثه أنواع تشريعى وقضائى وفقهى .

فالاول يصــدر عن الشــارع ويتخذ صورة النصوص القانونية ويستهدف تفسير نصوص سابقة قدر الشارع انها فى حاجة الى التوضيح .

والتفسير القضائى يصدر عن القاضى وهو يفصل فى واقعه معروضة عليه وهدفه تطبيق القانون على هذه الواقعة .

والتفسير الفقهى يصدر عن فقيه وهدفه توجيه النص الى تحقيق غرضه الاجتماعى كجزء من التنظيم القانونى .

وأهمية هذه التفرقة ان التفسير التشريعى - دون القضائى والفقهى ملزم ذلك أنه يتخذ شكل النصوص القانونيه فتكون له قوتها واذا كان الاصل فى التفسير القضائى أنه غير ملزم سواء بالنسبة للقضاء الذى أصدره فان الشارع قد ادخل على هذا الاصل استثناء هاما بانشائه المحكمة الدستورية العليا . ومؤدى هذا طبقا لنص م ٢٦ ، ٤٨ من قانون هذه المحكمة أن التفسير الذى يصدر عن المحكمة الدستورية العليا هو تفسير ملزم على خلاف الاصل وتفسير النص يمر بمرحلتين تحليل الفاظه وتحديد علته .

والاتجــاه الغالــب فى الفقه والقضــاء الفقهى بان تفسير النصوص الجنائيه ينبغى أن يكون ضيقا ولكن هذا التعبير يعنى فرض بقدر تحكيمه على النشاط الذهنى للمفسر .

والحقيقه أن هذه العبارة ثمرة المبالغة فى تحديد المقصود بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

ويرى الدكتور / محمود نجيب حسنى وبعض الفقهاء أنه يجب الا يكون للمفسر هدف سوى لكشف عن قصد الشارع من الفاظ النص

وفى هذا قالت محكمة النقض:

أنه " يجب التحرز فى تفسير القوانين الجزائية والتزام جانب الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما لا تحتمل " .

نقض ١٨ مايو سنه ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض ص ١٦ رقم ٩٨ ص ٤٨٢ .

ويفرض مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قيدا على أصول التفسير بالنسبة للنصوص الجنائية وهو مبدأ حظر القياس فى تفسير نصوص التجريم .

ويعنى ذلك ان على المفسر لنصوص التجريم ان يقف فى بحثه عند الحد الذى يتبين له فيه ان تفسيره قد يجعله يقول بجرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون .

فليس له أن يقيس فعلا لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه محتجا بتشابه الفعلين أو يكون العقاب على الثانى يحقق نفس المصلحة التى يحققها العقاب

على الاول .

ولقد أستقر القضاء فى مصر وفرنسا ومحكمة النقض المصرية على التسليم بأن القياس فى تفسير النصوص التجريسم محظور .

فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يجوز للقاضى أن يسعى عن طريق القياس الى أكمال نقص القانون وتوقيع العقاب فى غير الحالات التى نص عليها الشارع .

وقررت محكمة النقض المصرية : " أن المقرر أنه لاعقوبه الا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبه الموضوعة له . مما مقتضاه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى وعدم الاخذ فيه بطريق القياس " .

نقض ١٩ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية حـ ٥ رقم ٢٥٩ ص ٤٧١ .

نقض ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعه احكام النقض س٧ رقم ١٢٢ ص٤٢٢ .

نقض ٤ ديسمبر سنه ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض س١٨ رقم ٢٥٤ ص ١٢٠٨ .

نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض س٢٦ رقم ١٥٩ ص٧١٨ .

نقض ١٦ اكتوبر سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض س٢٩ رقم ١٣٧ ص٦٥٩ .

ويري الدكتور محمود نجيب حسني والدكتور احمد فتحي سرور وبعض الفقهاء ان معيار التمييز بين التفسير الواسع وبين القياس هو دخول الحكم في نطاق نص التجريم او خروجه عنه وتوضيحا لذلك " تقرر ان لنص التجريم نطاقا يحدده المفسر وفقا لما يراة مطابقا لقصد الشارع فان دخل الفعل في هذا النطاق فان القول بتجريمه لن يكون علي اساس القياس ولو حدد هذا النطاق علي نحو متسع اما اذا سلم المفسر بخروجه عن هذا النطاق وقال مع ذلك بتجريمه طبقا للنص نفسه فذلك قياس محظور " .

فلماذا يتحمل الجناني المسئولية الجنائيه عن فعل الغير ما دام هذا الفعل الاخير لم يكن يسعي من جانبه وبلا قصد وذلك نتيجة لتفسير فضفاض لمحكمة النقض يخالف القواعد السابق ايضاحها بالنسبه لتفسير النصوص الجنائيه وقواعد المسئوليه الجنائية.

بالاضافه الي انه حتي في الاطار العام لقواعد التجريم في قانون العقوبات فان التفسير محكمه النقض يخالف هذه القواعد. طبقا لمبدأ عدم رجعية النصوص الجنائيه الموضوعية فان هذه القواعد لا تسري باثر رجعي علي الافعال السابقة علي صدور هذه القواعد .

وهذه القاعدة في المجال الجنائي لا يحظي بمثلها في غيره من المجالات وهي ليست مطلقة .

فالنصوص الاصلح للمتهم لا تخضع لها والنصوص التفسيرية لا تخضع لها لانها تلحق بالنصوص السابقه التى صدرت تفسيرا لها .

وهذه القاعدة لها أساسها فى مجال الفقه الجنائى الاسلامى فالشريعة الاسلامية لا تقرر عقابا لشخص الا اذا انذر سلفا .

قال تعالى " وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا "

وقال تعالى " وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا " .

وقال جل شأنه " لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل "

ويقتضى تطبيق هذه القواعد ان يحدد وقت العمل بالقانون وان يحدد وقت ارتكاب الفعل..

وبتطبيق هذه القواعد على تفسير محكمة النقض بانسحاب صفة الرسمية على المحرر من وقت نشوئه يخلق مشاكل قانونيه عند التطبيق العملى .

مثال ذلك عند حساب بدء التقادم . هل يبدأ من وقت ارتكاب الفعل أو من وقت ثبوت صفة الرسمية .

وما الحكم اذا اكتملت مدة التقادم الخاصة بتزوير المحررات العرفية وهى ثلاث سنوات قبل أن يكتسب المحرر صفه الرسمية مادام ان هذه الرسمية تنسحب على المحرر من وقت نشوئه ، كما قررت محكمه النقض .

" الاستخلاص "

أنه لوأراد المشرع انسحاب صفة الرسمية على المحرر الذى بدأ عرفيا لأفصح عن قصده .

واذا كان الحس القانونى والذوق القضائى لا يريد التسويه بين من غير الحقيقه فى محرر ظل بعد التغيير عرفيا وبين من زور فى محرر انقلب الى محرر رسمى .

فان علاج هذا الأمر لا يقتضى الخروج بغير نص على المقرره . وينبغى علاجه فى اطار هذه النصوص .

ويتصور الدكتور عوض محمد أستاذ القانون الجنائى بكلية الحقوق جامعة الاسكندريه علاج هذه المشكلة فيرى :

" أن الجانى فى معظم الاحوال التى يتقلب فيها المحرر العرفى المزور رسميا يرتكب جريمتين ، وكل جريمة منهما تستقل عن الاخرى بفعلها رغم ما بينهما من ارتباط .

أما الجريمة الاولى ففعلها معلوم وأما الثانية فان فاعلها الاصلى هو الموظف العام . ولكنه يرتكب الفعل بتحريض ممن قدم المحرر اليه ليعطيه الصفة الرسمية . فيكون الاخير شريك لفاعل حسن النيه وهو الموظف العام .أو فاعلا معنويا للجريمة على الاختلاف المعروف فى هذا الخصوص ولهذا فان الموظف يكون مسئولا عن تزوير فى محرر رسمى اذا كان وقت تدخله عالما بما فى المحرر المقدم اليه من تزوير وكذلك فانه يتصور ان يكون من سعى لاكساب المحرر صفة الرسمية غير من باشر التزوير من قبل فيه .

فيسأل الاول عن تزوير فى محرر رسمى ويسأل الثانى عن محرر عرفى فحسب . وينبنى على ذلك أنه لا يكفى مجرد طروء الرسمية على المحرر العرفى لا عتبار من غير الحقيقة فيه مسئولا عن تزوير فى محرر رسمى . بل ينبغى ان يقوم الدليل على أنه تدخل بارادته لكى يكسب المحرر هذه الصفه سواء بفعل ايجابى من جانبه كالسعى لدى الموظف المختص لتحقيق ذلك . أو سلوك مختلط كدفع المحرر الى التداول مع بقيته من أن ماله أن يصير رسميا . أو بسلوك سلبى بحت كترك الغير يسعى لاكساب المحرر هذه الصفة بغير سعى منه بل على غير ارادته ورغم اعتراضه فانه لا يسأل الا عن تزوير فى محرر عرفى " .وهذا الرأى الذى قال به الاستاذ الكبير د / عوض محمد

ينطبق عليه ايضا الانتقادات التى وجهناها الى تفسير محكمة النقض . موضوع هذا البحث . ففيه خروج عن حدود التفسير الصحيح لقواعد التجريم ومخالفة لمبدأ شرعه الجرائم والعقوبات لانه بذلك يكون قد جرم فعل وحدد نطاقه وأركان لفعل لم يجئ ضمن التزوير .

فقد حدد نطاق القصد الجنائى واشترط توافر رابطة السببية بين الفاعل فى التزوير العرفى وبين الفعل الذى أضفى صفة الرسمية على المحرر العرفى فهو بذلك يكون قد خرج عن قواعد التفسير الصحيح واستخدم القياس المحظور فى تفسير قواعد التجريم .

ولما كان القانون الجنائى لا يتسم بالجمود وانما يجب أن تتمشى النصوص الجنائية مع ظروف المجتمعات السياسية والاجتماعية والاقتصادية . وتمشيا مع الحكمة التى أدت الى هذا التفسير الذى قالته محكمة النقض المصرية ولما كان الحس القانونى والذوق القضائى ينفر من التسوية بين من غير الحقيقة فى محرر ظل بعد التغيير عرفيا وبين من غير الحقيقة فى محرر انقلب بعد ذلك رسميا .

لذلك نرى أن يتدخل المشرع القانونى بالنص على قاعدة تجريم تضاف الى نصوص التزوير فى قانون العقوبات تغطى هذه الاحتياجات القانونية وأن يتابع هذه التطورات التى تقتضيها الظروف الاجتماعية المتجددة .

وأن يلاحقها تشريعيا بدلا من اللجوء الى تفسيرات خاطئة تخرج عن اطار القواعد القانونية المستقرة فى النظرية العامة للجريمة .المراجع القانونية :

هوامش تزوير المحررات

١) شرح قانون العقوبات القسم العام . د . نجيب حسنى

٢) الجرائم المضرة بالمصلحة العامة د . عوض محمد

٣) النظرية العامة للاثبات الجنائى . رسالة د/ هلال عبد الله احمد

٤) مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى .

٥) التزوير فى الآوراق طبعة ١٩٢٢ المشرع أحمد فتحى زغلول باشا .

٦) الجرائم الصحفية أستاذ / شريف كامل

٧) جرائم الفكر والرأى والنشر د/ محسن فؤاد

٨) نظرية الجريمة العقدية بالعقد د/ جلال ثروت

٩) النظرية العاهة للظروف المشددة د/ هشام ابو الفتوح

١٠) النظرية العامة للقصد الجنائى د/ محمود نجيب حسنى

١١) النظام الجنائى د / عبدالفتاح خضر

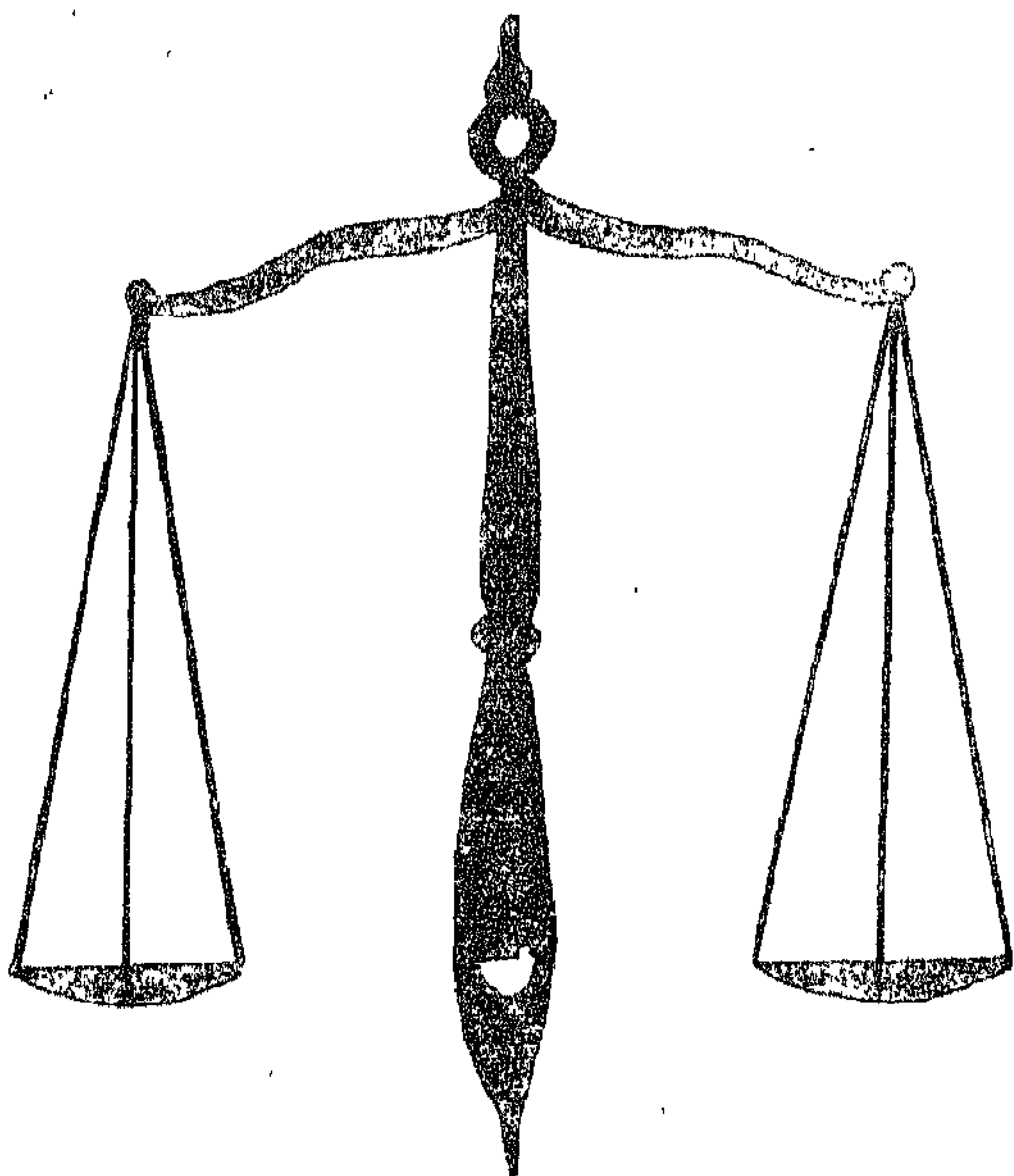
هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش

هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش

نقابة المحامين ـ أمانة الصندوق

تعلن للسـادة الأسـاتذة الزمـلاء المتأخرين عن سـداد الاشـتراك السـنوى حتى الآن أن يبادروا إلى السـداد فوراً قبل آخر يونيو سنة ١٩٩٠ تلافيا للاستبعاد من الجدول تطبيقا للمادة ١٧٠ من القانون ١٧ سنة ١٩٨٣ ...

أمين الصندوق
(أحمد عـوده)
المحامى



دنيا العدل

المحاماة

للسيد الأستاذ / عبد الرزاق شبيب

المحامي بالعراق

المحاماة .. كتب قيمة

للسيد الاستاذ / عبد الرزاق شبيب ـ المحامي بالعراق

لقد ساء حال المحاماه حتى بلغت حد الازمة !!

وساء حال المحامين وأوشك على المحنة !!

ويجدر بالباحث أن يتحرى عوامل تلك الازمة وهذه المحنة ـ لكي يصل الى موضوع الداء ! ـ عله يجد له الدواء .

وفي الحق ان عوامل هذه الحال كثيرة ، ومعقدة ، وترجع الى عهود سالفة ، وأوضاع متكررة ، وجذور عميقة ... يحتاج اجتثاثها الى قدرة قادر !

ويمكن اجمال هذه العوامل في المواضيع الآتية : ـ

١ ـ تخلف المجتمع عن النضج الكامل :

فالمجتمع العراقي ـ وربما كل المجتمعات العربية ـ متخلفة في نضجها العام ، فهي في وضع لا تقدر فيه مسئولياتها على الوجه الصحيح ! وفي عالم المحاماه بالذات لم تنضج بعد الفكرة الصحيحة لتقدير أهمية المحاماة وقيمة المحامي ... فالنظرة الى المحاماة لم تزل نظرة ساذجة وفجة ! فالناس ـ كل الناس ـ في المجتمعات الراقية ، لا يمارس أحدهم عملا قانونيا من غير أن يلجأ الى المحامي : يستشيره ، ويستطلع رأيه ، قبل أن يقدم على معاملة تجارية ، أو عقد قانوني ، أو التزام أدبي !

وكل شركة تجارية ، بل كل عائلة ـ لها مستشاران هما المحامي والطبيب : الاول تستشيره في الأمور الحقوقية ، والثاني تستشيره في الامور الطبية ...

وهذا النظام القويم ميدان واسع تجد فيه المحامين موزعين ـ خارج المحكمة ! ـ توزيعا عادلا ، يؤمن لهم عيشا مضمونا بكرامة واحترام

فهل نحن بلغنا هذه المرحلة ؟ ياليت ؟

٢ ـ ضعف في الاخلاق :

وربما كان ضعف الاخلاق مصدر أكثر الشرور !

فالناس لا يلجأون الى المحامي القدير ! في حل مشاكلهم !! وأنما يهرعون الى المحامي ذي النفوذ ! بل ان بعضهم ـ فردا أو شركة ـ له محام عام يتجاوزه أحيانا فيعهد بمشكلته الى محام آخر يتمتع بجاه السلطة أو نفوذ سياسي ويدفع له الاجر أضعافاً مضاعفة !! طمعاً في نفوذه وأملاً في نجاح القضية !

وبعضهم يتحدى صديقه المحامي في أمر غير ذي بال ، ويعهد به الى محام ذي شخصية ! وبأجر عال ـ لينال شرف التعرف به في هذه المناسبة السعيدة !! .

وبعضهم أيضا يلجأ مضطرا !! الى شخص غير محام له صلة بذي سلطان ليضمن له حل مشكلته !!

وبعضهم الآخر يلجأ الى ما هو أحقر من ذلك كله ! وهو الرشوة ايحل بها مشكلته من غير محام ومن غير ذى نفوذ !

وبعض المحامين ـ وهم أقلية ـ جاؤوا الى المحاماه وهم غير أهل لها ! فساء حالها لسوء حالهم ! وضعفت ثقة الناس بالمحامين . . . لأن العمل السئ يعم الجميع !! ولان الاخضر يحترق عادة بسعر اليابس كما يقولون !! . . وللناس بعض العذر فى ذلك : ـ

ذلك ان المحاماه عمل نظيف ، يقوم على التضحية ، والشرف ! ولا يجوز فى عرفها ما يجوز فى عرف الصنعة التى تقوم على الارتزاق وحده !! أنها نبيله كالطب !

والنبل لا يجوز استخدام كل سلاح فى المعركة : ـ معركة الحق فى عالم المحاماه ، معركة الانسانية فى عالم الطب ..

ومع الأسف المرير أصبح البعض يستخدم فى معركة الحق كل الاسلحة التى توصله الى المادة ! ولو جاء عن طريق نحر الفضيلة ، وتدنيس المحاماة !

هذا البعض يسعى لجلب الزبائن ولو بواسطة الدلالين !!

يخاصم زملاءه ، ويكيد لهم ، ويحط من قدرهم ـ ليتغلب عليهم فى ميدان المنافسة غير الشريفة !

يثير المشاكل للناس ، وللمحامين ، وللحكام ، ولوزارة العدل ـ فى سبيل مكسب قد يكون تافها أو ربما حراما !

يتوكل فى الدعاوى الباطلة ، ويعاون على تغليب الباطل ـ لكى ينال رزقا هو الآخر باطلا !

يرتكب في سير الدعوي كل الموبقات ـ لكي ينجح فيها وينال الاتعاب التي أشبه بالزقوم !

فكيف لا تضعف ثقة الناس بالمحامين ، وكيف لا تعم المصيبة الجميع ؟

هذه الحالات التى مردها ضعف الاخلاق أو سوؤها ! أفسد مجال العمل فى المحاماة ، وأدى الى الخلل فى قيم الفضيلة : فى الكفاءة والجهد والاستقامة !

وأخيرا فقد العدل بين المحامين واختل ميزان الرزق ، وأخذ البرئ بذنب المجرم !

٣ ـ نقص فى نظام كلية الحقوق : أن (باب) كلية الحقوق مفتوح على مصراعيه ! يدخل فيه من شاء بدون حساب ! ويلجه القادمون من كل فج عميق ! والادهى من ذلك كله هو أن كلية الحقوق أصبحت الملجأ الاضطرارى لمن لم تقبله الكليات الاخرى ، فالطالب يلجأ اليها دون أن يكون راغباً فى دراسة الحقوق !

أما نظامها فانه قد اعد لا لتخريج المحامين ، وانما الحقوقيين وحسب ! مع انها (المعمل) الوحيد للمحامين ! وللحكام ! ولكل الحقوقيين . . .

ولنأت على شئ من التفصيل لهذه النقاط الاساسية : ـ

١ـ ان باب كلية الحقوق مفتوح للجميع دون قيد أو شرط ـ وهذا لا يجوز ! وانا لا أقصد بهذا ان توصد باب الكلية دون الراغبين فى طلب العلم ، ولا سيما علم الحقوق .

بل على العكس من ذلك تماما ، فانى اعتقد أن كثرة المثقفين بالثقافة الحقوقية ، سبيل قويم من سبل الاصلاح العام !

ولكننى أبحث الموضوع من وجهة نظر المحاماة فقط : فليس كل الداخلين فى كلية الحقوق يرومون الأشتغال فى المحاماة !

كما أن المحاماة ذاتها تحتاج الى حماية !! وعلاج !!

فينبغى أن يكون الحل على قدر ماله مساس بهذا الموضوع : ولى رأى قديم أبديته للنقابة منذ كنت نائباً لرئيس نقابة المحامين عام ١٩٤١ عندما عهد الى وضع مسودة لقانون المحاماة ...

فقد أبديت يومها أقتراحا بتحديد عدد الراغبين فى مزاولة المحاماة وفق شروط معينة ـ فرفضته اللجنة الادرية يومها ـ خشية من مواجهة الحل الصحيح !! ولهذا فانى أعيده هنا مستكملا على ضوء ما استجد من رأى .

آ ـ يحدد الطلاب الراغبين فى دخول كلية الحقوق لمزاولة المحاماة والقضاء فقط ، بعدد يتلائم وحاجة النقابة والقضاء . وهؤلاء ينتقون من بين الراغبين بامتحان شفوى ومشاهدة فعلية ! من قبل لجنة مشتركة من وزارة العدل ، وكلية الحقوق ، ونقابة المحامين .

ب ـ يعلن هذا النظام قبل موعد القبول فى الكليات بمدة كافية ويعمل به من تاريخ نشره ، فلا يسرى بالطبع على الطلاب الموجودين فى الكلية ـ لكيلا يحرموا من حقهم المكتسب .

جـ ـ وبعد مرور اربع سنوات ، يأتى دور المتخرجين الجدد وفق هذا النظام ... عددهم معين ، وقابلياتهم ممتحنة منذ البداية !

د ـ وهكذا يتحدد عدد الوافدين على نقابة المحامين ، فلا تتعرض المحاماة الى أزمة يولدها عادة القانون الأقتصادى العام والقائل : ـ أن كثرة العرض يؤدى إلى قلة الطلب :

٢ ـ وبالاخذ بالأقتراح السالف الذكر ينتقي الراغبون في الاشتغال بالمحاماة ، وتمتحن مؤهلاتهم الخاصة للمحاماة عند الدخول في كلية الحقوق وقبل أن يغدو الي عالم المحاماة ، وتقع الكارثة !

٣ ـ وبذلك أيضا يتقي شر الطريقة القائمة الان ـ وهي اتخاذ كلية الحقوق ملجأ للذين اوصدت بوجوههم أبواب الكليات الاخري..

ووجه الشر في هذه الطريقة هو ان هؤلاء الطلاب ، لا يرغبون في الاصل بدراسة القانون وكانت نياتهم متجهة الي الكليات أخري وعلوم أخري : فهذا كان يرغب في الطب فسدت باب الطب دونه ! وذلك يتشوق الي فرع آخر من فروع العلوم فحرم منه ... هؤلاء الطلاب عندما يلجأون الي كلية الحقوق ـ اضطرارا ـ ومن غير ميل شخصي الي دراسة القانون ، يكملون دراستهم في كلية الحقوق من غير ولع في القانون ، ثم ينتهون الي المحاماة من غير ميل اليهـا .

وانعـدام الميـل الى المحاماه ، لا يؤهلهم بالطبع الى التفوق فيها ... وان عاشوا فيها مدة ما فانها لن تطول ! وهم حتما آخر الامر يتخذون المحاماة جسرا للوصول الي عمل آخر !!

وهكذا تستقبل المحاماة جيشا وتودع جيشا ـ وهو غير را غب فى المحاماة ، وغير راغب فى البقاء فيها طويلا ـ ولهـذا فأنه لا يبـالى من العبث بها ! وعـدم التقيد بواجباتها وآدابها .. ما دام هو ضيف عليها !!

ومن بديهى القول ان من زاول

عملا ـ عن بأس واضطرار ! عاث فيه فسادا !!

٤ ـ ان كلية الحقوق هى معمل الدولة ! فى تخريج المحامين والحكام وموظفى الادارة ... وهؤلاء كلهم يأتون الى المحاماة ، من غير أن يعرفوا ماهى المحاماة ؟ ومن هو المحامى ؟ .

وهكذا يأتون الى عالم جديد يتيهون فيه !

أن الدراسة فى كلية الحقوق هى دراسة نظرية ، لمبادئ عامة ! لادراسة عملية لمواجهة متطلبات حياة قائمة بذاتها : تتطلب توفر شروط معينة ، ومعرفة لامور أساسية خاصة ، واعداد لمواجهة العمل الجديد ـ فى عالم المحاماه .

فلابد اذن من معالجة الوضع على ضوء الواقع المر .. الواقع الذى أثبت ان المحامى الناشئ لا يعرف ماذا يفعل ؟ ولا يعرف كيف ينظم عريضة دعوى ؟ ولا يعرف كيف يواجه المحكمة !! ولا يعرف كيف يواجه أعماله الاخرى . بل أن بعضهم لايعرف حتى كتابة طلب بسيط الى نقابة المحامين يطلب فيه قبوله عضوا فيها ومنحه اجازة المحاماه !!

ولو كان نظام (المحامى تحت التمرين) معمولا به عندنا ، لهان الخطب ! اذ كان المحامى الجديد ـ فى ظل ذلك النظام ـ يتلقى الدروس العملية ، والتمرين الفعلى ـ فى مكتب المحامى الاستاذ وعلى يد محام قدير مجرب !

فكيف اذن يصبح المتخرج ـ فى ظل الحالة القائمة ـ محاميا ؟

ولذلك ـ كما اقترحت على عميد كلية الحقوق فى احدى المناسبات ـ يجب أن يوضع درس خاص لفن المحاماة ، يتولاه محام قدير :يدرس الطلاب دروساً عملية وينتقل بهم الى قاعات المحاكم ليشاهدوا كيف تجرى المرافعات ؟ ويعقبوا بعض القضايا المهمة لمعرفة تطورها !!

ويعلمهم كيف يدرسون القضية وكيف يكتبون العريضة ؟ وكيف يترافعون في المحكمة ؟ وكيف يعقبون أعمال المحاماة ؟

٤ ـ عائلة ... اعضاؤها متنافرون !

المفروض فى كل جماعة تجمعها رابطة واحدة ، أن يسودها نظام العائلة ! يشعر كل فرد منها بروح الود والتعاون والاخلاص نحو زملائه الآخرين ، تماما كما يشعر نحو أفراد اسرته !

والمفروض فى المحامين بوجه خاص ، انهم أقدر من غيرهم على تفهم هذه الروح والعمل على تنفيذها ـ بحيث تكون المؤسسة التى تضمهم ـ وهى نقابة المحامين ـ نموذجا لغيرها من المؤسسات الاجتماعية والمهنية ... ولكن مع الاسف ما كل ما يتمنى المرء يدركه !!

لقد كانت نقابة المحامين في أول عهدها ـ حقا ـ نموذجا لروح التآلف والتوادد والتعاون ...

ثم تغيرت الدنيا ، واختلت المقاييس ، وضاعت القيم ...

١ ـ تغيرت الدنيا بشكل واضح منذ قيام الحرب الاخيرة ! قاتل الله الحرب !! وقاتل ما فيها من كوارث بشرية ، واقتصادية ، وخلقية ...

وبفعل الحرب تعددت النوازل ، وتوسعت المطالب ، وتغيرت المفاهيم ، وفسدت الاخلاق .. فتغلبت المادة علي الفن ، وساد

الطمع ، واختلت الموازين ...

وهكذا نشأ محامون اتخذوا المحاماة (تجارة) حرة حالة انها (رسالة) كريمة !!

٢ ـ وبفعل كثرة المتخرجين في كلية الحقوق ـ وقد بلغوا أخيرا عدة مئات ! ... زاد العرض وبقي الطلب محدودا !! فازدادت بذلك عوامل المنافسة! والكفاح من أجل العيش ... ففسدت كذلك الاخلاق واختلت الموازين !!

٣ ـ وبفعل الازمة الاقتصادية ـ التي تعقب الحروب عادة ! ـ ارتفعت الاسعار ، وتنوعت الحاجيات ، فازداد الاغراء وقل الموارد ! وهكذا ضاقت سبل العيش وتفشي عامل السوء !!

٤ ـ وبفعل المبادىء الوافدة ! تغيرت النظرة الي المحاماة ! والي المحامي ! واصبحت المحاماة (صنعة) من الصنائع الاخري يجوز فيها ما يجوز في أي عمل هو مصدر انتاج !! ثم ان القيم الاخلاقية ـ في عرف تلك المبادىء ـ سخافات وجمود وتقاليد بالية !! .. وعليه يجوز للمحامي ان يرتكب كل عمل في سبيل العيش ! وهكذا اختلت النظرة الي طبيعة المحاماة !!

والمحامي ... من هو المحامي ؟ أليس هو (أداة) في هذه الآلة؟ وجهازا من أجهزتها ؟ يجوز له ان يفعل ما يشاء لتشغيل الآلة ؟

وليس هذا فقط . بل هناك ما هو أفظع وأخطر ! هناك كلمات ينبغي أن (تصرف) للخصوم فى العقيدة السياسية ـ هى : رجعى، غير اديالي بورجوازى ، مأجور ، عميل ! وآخرها متآمر !!

هذه العوامل أدت الى نتيجتين متلازمتين : ـ

الاولى ـ هى الهبوط فى مستوى المحاماة ، والساءة لكرامتها ، والتشكيك فى نبلها !!

الثانية ـ هى النفرة بين الزملاء وعدم التعاون بينهم ، بل الاصح ان يقال (الحرب) التى تجاوزت فى حدودها حدود الحرب الشريفة ! وهكذا أصاب المحاماة خسف وهوان !! ـ ليس من السهل غسل عارهما ...

وهكذا قام بين الزملاء تنافر ، وتناحر ، وخصام ـ ليس من السهل زوالها !!

فكيف يمكن فى هذا الجو القاتم صيانة المحاماة ؟

وكيف يمكن قيام التعاون المطلوب بين المحامين ؟

٥ ـ نواقص فى القانون الخاص بالمحاماة :

أن قانون نقابة المحامين لعام ١٩٣٣ ما كان لواضعه ان يقدر مجرى الخطوب ! وما كان فى حسبانه أن يتصور الحال التى بلغناها فعلا : ليتخذلها الحيطة !

وسواء أكان النقص فى أساس القانون ، أم كان النقص فينا !! ـ فالقانون كان ناقصا نقصا أساسيا ، ثم حل محله فى عام ١٩٦٠ قانون المحاماه الجديد ، غير انه مع الاسف الشديد لم يعالج هو الآخر تلك المشاكل المستأصلة !! وحسبى هنا ان أذكر ما كان جوهريا منها فقط : ـ

١ـ لم يحدد القانون عددا معينا للمحامين حسب استيعاب المحاماه ، وحسب امكانية العمل ، وحسب حاجة المدن العراقية إليهم

... بل فتح الباب امام كل متخرج ، وامام كل حامل شهادة حقوق ...

وهكذا امست المحاماة مفتوحة الحدود ! لكل حامل جواز سفر !!

٢ – لم يشترط القانون شروطا خاصة فيمن يروم مزاولة المحاماة ، تقتضيها طبيعة المحاماة ... فأصبح فى استطاعة الشرير والسئ والفاسد ، أن ينال اجازة المحاماة كغيره من الصالحين !!

٣ – لم يمنع القانون قبول من تلفظه المحاكم والدوائر الرسمية .. من المفصولين لسوء خلقهم أو لانعـــدام ذممهم أو لارتكابهـــم الموبقات .

وسأفرد فيما يلى بحثا خاصا بهذا الموضوع .

٤ ـ أن المحامى الذى يصبح وبالا على المحاماه ، يكون مدعاة لاهانة المحاماة واشمئزاز الناس منها لا سبيل الى الخلاص منه !!

وكل فئة أو جمعية أو نقابة أو حكومة !! تطهر جهازها بين حين وآخر ... الا نقابة المحامين !! فهى ليست مستثناة من هذه القاعدة العملية الضرورية فقط ؟ وانما هى مقضى عليها إيضا أن تكون ملاذا لاولئك المنبوذين والمطرودين !!

٥ ـ وهكذا وعلى توالى الايام والسنين أصبحت نقابة المحامين ، ملجأ للمطرودين !! فما أعوز نقابة المحاميـن (إلى ذيـل) لقانونها ! كذيل القانون الحكومى فى تطهير جهـاز الدولـة ؟ للخـلاص من العناصر ـ ولا أقول المحامين ! ـ الفاسدة !! التى أساءت الى المحاماة ، والى المحامين ، أساءات بالغة ومهينة!!

٦ ـ ان أدب كل مهنة أو جماعة يحتم على كل عضو من اعضائها ان يحترم الهيئة التى تمثلها ، وينصاع لمقرراتها ـ ولا سيما اذا جاءت تلك الهيئة الى مركزها عن طريق الانتخاب الصحيح ، وفق المبادئ الديموقراطية ،تنفيذا لحكم القانون!!

أما فى نقابة المحامين فان الأقلية الضئيلة ـ والضئيلة جدا !! لاتخضع لهذه القاعدة القانونية ، والديموقراطية ، والعالمية ... لانها تنظر الى نفسها نظرة الدولة المستقلة فى ضمن دولة المحامين!! فهى لا تعتـرف !! بالنقابـة ، ولا تعرف بمقرراتها !! ... بل تسمح لنفسها حتى بتحدى تلك المقررات ! والتفاخر بمخالفتها !

وهذا العمل الذى هو ـ بداهة ـ مخالف للقانون ، وهادم للديموقراطية !! يرتكب باسم الديموقراطية !! ولا علاج له فى القانون ...

فكيف اذن يمكن أن تتكون وحدة نقابية صحيحة ، تعاونية حقا ، بوجود جماعة من هذا القبيل ؟ وفى ظل قانون ناقص لا يعاقب على هذا الفعل الشائن ؟ .

٧ ـ أما نظام محاسبة المحامى عن اساءاته للناس ، وانتهاكه لحرمة المحاماه ـ وهو لجان انضباط المحامين ـ فمن الحق أن أقرر الواقع فأقول انه نظام فاشل !!

أنه نظام بطئ ، وفاشل ، ولم يستطع حتى الان تأديب محام واحد اساء الادب عدة مرات !!

فيجب أن نتحرى عن أسلوب آخر لمحاكمة المحامى المذنب : أكثر جدية !! وأكثر جدوى !!

٦ ـ المتخرج فى كلية الحقوق ـ

لا مخرج له غير المحاماة :

هذه مشكلة من نوع جديد ، نشأت اثر قيام . كلية التجارة التى تخرج أخصائيين فى التجارة والشئون المالية . . . وهذا الحادث الجديد ، سد أبوابا واسعة من الابواب التى كان المتخرجون فى كلية الحقوق يلجون منها الى دوائر الدولة الاقتصادية والمالية والبنوك والشركات والأعمال التجارية الأخرى . . . وكانوا بذلك يخففون الضغط عن المحاماة . . هذه الابواب الكثيرة سدت مرة واحدة فاتسع نطاق الازمة !!

ومن الناحية الاخرى اذا كان الذى (دخل) كلية الحقوق دخلها مكره ، بسبب غلق الابواب العلمية الاخرى بوجهه !!

ثم (دخل) المحاماه وهو مكره عليها أيضا !! لغلق أبواب الرزق الاخرى بوجهة !!

فهل من الصعب تقدير النتائج المترتبة على هذا الاكراه المكرر ؟ لاشك أن الذى يدخل بيتاً مكرهاً على دخوله ! يعيث فيه تخريباً وتلويثا . . .

أما اذا قيل ان هذا النوع من المحامين هم عادة لا [illegible] المحاماة طويلا [illegible] [illegible] الوظيفة !! فالى أين [illegible] هي بالذات مبعث شر أكيد !! لانه كما قلت فى محل آخر ان هذا الشخص لا ينظر الى المحاماة نظرته الى عمل امتلكه ومهنة له ، وانه سيبنى له فيه كيانا ، ويعمل فيه على ابراز مواهبه ليفوز بالنجاح المطلوب . . وانما هو يرى نفسه قد حل فى (محطة مؤقته) يضيع فيها بعض الوقت الى أن يحين موعد قدوم القطار !! ليمتطيـه متوجهـا صـوب مبتغاه . .

فليس من شأنه اذن ان يعبأ بهذه المحطة المؤقته ، وليس من داع الى التقيد بأنظمتها وواجباتها وآدابها !! ولسان حاله يقول : ماذا يهمنى ؟!

٧ ـ نقابة المحامين ، ملاذ المطرودين !!

يسئ بعض الحكام التصرف فى أعمالهم ـ فيضطر القضاء بين حين وآخر الى التخلص منهم ـ فيقذف بهم خارج كرسى القضاء ! فأين يذهبون ؟

الى نقابة المحامين !! لأن بابها مفتوح لكل رائح وغاد !!

يسئ بعض الموظفين التصرف فى أعمالهم فتضطر الحكومة لهم (ذيل) أحد القوانين ـ وتبترهم من دوائرهم ! فأين يذهبون ؟

الى نقابة المحامين !! لان بابها مفتوح لكل مفصول !! حتى ولو كان الفصـل الاستغناء أو التطهير!!الاسباب تتصل بالخلق والنزاهـة واكل امـوال النـاس بالباطل!! أن الحاكم أو الموظف خاضع للجهاز الحكومى ، ولقوانين الدولة ولرقابة الحكومة ، ولرهبة المسئولية ! ولسيف الفصل !! . . ومع ذلك لم تردعه كل تلك الاسلحة ، فارتكب مخالفـة قانونيـة واخلاقية !!

فكيف الحال اذا كان هذا الشخص ، زاول المحاماة ـ بمفرده ـ حيث لا رقيب ولا حسيب ولافصل ولا يحزنون ؟

السئ هو سئ حيثما وجد ، والسئ فى الوظيفة هو أسوأ فى المحاماة !!

فلماذا يفرض على نقابـة المحامين أن تكون ملجأ لهذا النوع

من المطرودين ؟ .

كنت مرة نائبا لرئيس نقابة المحامين وكنت أمارس أعمال النقيب ، فتقدم موظف مفصول من وظيفته لجرائم كثيرة لا يشكل مجموعها قائمة فقط !وأنما شكل فعلا اضارة كبيرة !! فأبيت أن أسمح لنفسي باهانة المحاماة في شخص هذا الموظف ... واتفقت معي لجنة ادارة نقابة المحامين على رفض قبوله عضوا في النقابة ولكنه ذهب الى محكمة التمييز فجاء القرار يقول : ـ أن ما يمنع من الوظيفة لا يمنع من المحاماة !!

واظن ان هذا المنطق ـ رغم انه اجتهاد قضائي محترم ـ ينبغي ان لايستساغ عندما ينظر الى الموضوع نظرة مصلحية ، أو كما جرى عليه الاصطلاح الجديد ـ نظرة موضوعية !!

أن صيانة المحاماة أعز من صيانة مصلحة شخص واحد أو أشخاص معدودين ، أساؤا لانفسهم وأساؤا للفضيلة !!

٨ ـ نواقص في النظام القضائي :

لما كانت المحاماه جزءاً لا يتجزأ من القضاء ، فكل نقص في القضاء يصيب المحاماة ، وكل نقص في المحاماه يصيب القضاء ...

ففي النظام القضائي المعمول به عندنا نواقص يمكن اجمالها فيما يلي : ـ

١ـ ضعف في كفاءة بعض الحكام : ـ

وسببه الطريقة الخاطئة في اختيار الحكم ، فالكفاءة عندنا لا تقوم على أساس سليم ... بل حسب المحامي أن يعبر حدود بضعة سنين على تاريخ أجازته في المحاماة ـ فيقال له أنه (مارس المحاماة) !! وكثيراً ما كان الواقع خلاف ذلك تماماً ...

وهناك طريق آخر لاختيار الحاكم هو الموظف الحقوقي الذي مارس عملا قانونيا !! ولو محصت هذا العمل القانوني لوجدته (ملاحظية) أوراق ! في المحاكم أو (كاتب أول) يستوفي الرسوم !!

هذه مشكلة مهمة جدا تحتاج الى علاج جذري ...

فالحاكم غير الكفء يعقد أمور الناس ولا يحلها ، وإن حلها فالحل غير صحيح !!

والحاكم الذي يمر على المحاماة مر الكرام !! دون ان يمارس فعلا أعمالها بجد ونشاط وكفاح !! ولم يقدر عظم الجهد الذي يبذله المحامي ،والمسئولية الملقاة عليه ... هذا الحاكم ينظر الى المحامي نظرة غير صائبة ! بل وجدت بعضهم ينظر الى المحامي نظرة حقد !! وهكذا تنشأ بينه وبين المحامين مشادات ونزاعات ـ تعطل حقوق الناس ، وتضر بالمحاماة ، وتسئ الى المحامين ...

٢ ـ رسوم المحاكم باهظة :ـ

من شأنها أن تحمل البعض من أصحاب الحقوق على الأحجام عن الذهاب الى الحاكم ـ وحسم قضاياهم بالطرق الأخرى اضطراراً .

أن الرسم البدائي ٣٪ كثير ، ومثله رسم الاستئناف كثيرا أيضا ورسم التميز ٢٪ كثير كذلك ... ان الذي يلجأ الى القضاء مضطر الى تعقيب دعواه حتى تبلغ قطعيتها !! فهو مضطر الى دفع هذه الرسوم كلها وأحيانا

تتكرر عدة مرات فى الدعوى الواحدة ، حتى يقرب من الخيال !! واليكم مثلا عمليا لا محل فيه للخيـال . . .

يقيم شخص دعوى بمبلغ ألف دينار - يدفع عنها بادئ الامر الرسم البيدائى وقدرة (٣٠) ينار فترد الدعـوى شـكلا !! ويهرع بالطبع الى محكمة الاستئناف ويدفع الرسم المذكور نفسه أى (٣٠) دينارا أخرى - فتفسخ محكمة الاستئناف الحكم البدائى - بداعى ان المحكمة أخطأت فى حكم الرد ، ولم تدخل فى أساس الدعوى !!

تعود الدعوى الى محكمة البداءة وتنظر فيها - ثم تصر على قرارها الاول !!

فيعود المدعى الى محكمة الاستئناف مرة ثانية يدفع الرسم الاسـتئنافى (٣٠) دينـارا من جديد !! ثم تفسـخ محكمة الاستئناف الحكم البدائى وتطلب الى محكمة البداءة العمـل على تطبيـق قرارهـا !!

وتعود الدعوى الى محكمة البداءة - وهى لم تزل بعد خاما !! - وبعد أن تتبع محكمة البداءة القرار الاستئنافى وتدخل فى أساسا الدعوى - تقرر ردها من حيث الاساس !!

فيهرع المدعى للمرة الثالثة الى محكمة الاسئناف !! ويدفع الرسم المذكـور (٣٠) دينـارا للمـرة الثالثة !!

وبعـد أن تضـع محكمـة الاستئناف يدها على القضية وتنظر فيها تقرر هى بدورها تصديـق الحـكم البـدائى ورد الدعوى !!

فيهرع المدعى فى هذه المرة الى محكمة التمييز - ويدفع الرسم التميزى ٢٪ أى (٢٠) دينارا .

ترى محكمة التمييز ان الرد غير صحيح - فتقرر نقض الحكم واعادته الى محكمة الاستئناف للنظـــر فيه وفـــق القــرار التمييزى . . .

تنظر محكمة الاستئناف فى الدعوى من جديد - فتقرر الاصرار على قرارها الأول !! .

يعود (المسكين) مرة ثانية الى محكمة التمييز ويدفع الرسم مجددا (٢٠) دينارا - فتجمع محكمة التمييز بهيئتها التمييزية العامة - لاصرار محكمة الاستئناف على حكمها الاول - فتقرر نقض الحـكم الاسـتئنافى لبعده عـن الصواب !! وتعود الدعوى الى محكمة الاستئناف - فتقرر من جديـد لأسـباب جـديدة !! رد الدعـوى !!

فيعود (البائس) مرة ثالثة الى محكمة التمييز ويدفع الرسم (٢٠) دينارا للمرة الثالثة !!

وهكذا قد تتكر هذه الحالات ، ويدفع المدعى هذه الرسوم الباهظة مرارا وتكرارا ، ضف اليها رسوم الاعلامات واثمان الطوابع وأجور الخبراء ، والمصاريف القضائية الاخرى . . . ناهيكُ عن الوقت المضاع !! والجهـد المسـتمر !! والحـق المتأرجح !!

أن الرسوم الباهظة عن الحق الواحد - فى كل مرحلة من مراحل القضاء !! يدعو الى التأمل !! ويدعو الى التماس الحل العادل !! فالقضاء ليس وسيلة من وسائل الارهاق أو الاستغلال أو التجارة !!

٣ - تعقيد الاجراءات يعطل

الحقوق : -

فى الحق أن قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية ، قد اختزل كثيرا من التعقيدات ، وبسط فى الاجراءات !! الا انه مع هذا وذاك لم تزل فى القانون نواقص مهمة : على رأسها مشكلة التبليغات .

تطلب تبليغ شقيق المختار ، فيأيتك الجواب يختم المختار نفسه (لا نعرفه بدون رقم داره !!) وتطلب تبلغ مدير عام لمصلحة مهمة بارزة ، فيأتيك الجواب (لا نعرفه !!)

وتطلب تبليغ شخص فى دار معينة يصلها المبلغ ثم يأتيك بالجواب التالى (سافر الى الموصل ..)

وتطلب تبلغ شخص بواسطه الشرطة وتبلغه فعلا ، ولكن يرسل التبليغ بدون تصديق من مأمور المركز !! وتطلب تبليغ شخص فيأبى التبليغ ، ويشرح المبلغ بأنه (استنكف عن التبلغ) غير انه لم يشهد عليه شاهدين كما يقضى بذلك أصول التبليغ !!

وهذه الحالة تتكرر فى البداءة والاستئناف والتمييز !!

ولو جئت على سرد كل الوقائع التى عطلت الدعاوى عدة شهور بل عدة سنين - من أجل التبليغ : لضجر القارىء أو لا يهمنى بالمبالغة - وما هى بالمبالغة !!

أن مشكلة التبليغ هى مشكلة المشاكل ، وهى اكبر معطل لحقوق الناس ، وهى أفظع منفر للمحامين ... فيجب أن تحل بالسرعة الفائقة ، وان يعين لها موظفون خاصون - لا فراشون - من خريجى الثانوية ، وتدفع لهم رواتب مناسبة لانقاذ القضاء ، من شرور التبليغات !!

٤ - طرق الطعن فى الاحكام معقدة : -

وفى جملة هذه الاجراءات التى تسبب تأخير الحسم فى الدعاوى - ناحية أصولية عند مراجعة طريق الاستئناف أو طريق التمييز : ذلك أن محكمة الاستئناف هى من درجات المحاكم - عليها أن تبت فى الدعوى الاستئنافية دون أن ترجعها مرة أخرى الى محكمة البداءة - لاى سبب كان !!

فهذا الجذب والدفع الواردان فى مثالنا السابق - فى الدعوى بين محكمة البداءة ومحكمة الاستئناف ضياع للوقت لا داع له !!

أنى أعتقد أن الدعوى بعد تنتقل الى محكمة الاستئناف ، عليها هى أن تكمل النقص !! وتخوض هى فى الاساس وتحسم الدعوى !!

أما فى محكمة التمييز فليس لى ملاحظة بشأن النقص الاساسى الذى يتطلب اجراء مرافعة مجددة واستكمال نقص مهم لاحظته محكمة التمييز - غير أن هناك حالات لا داع الى ارجاع الدعوى فيها الى محكمة الاستئناف . مثلا : -

حكمت محكمة البداءة فى دعوى للمدعى فيها ، ثم استأنفها المدعى عليه (المحكوم عليه) ، ففسخت محكمة الاستئناف الحكم البدائى - وعكست النتيجة !! بأن حكمت للمدعى عليه وقررت رد الدعوى ..

وعند تمييز الحكم رأت محكمة التمييز أن الحكم البدائى صحيح فى أساسه يجب تصديقه !! فبدلا من أن تقرر هى مباشرة نقض

الحكم الاستئنافى وتصديق الحكم البدائى ـ تقرر نقض الحكم واعادته لمحكمة الاستئناف ، لتقرر هى بدورها تطبيق القرار التمييزى القاضى بتصديق الحكم البدائى !! أنه تعقيد ! وضياع للوقت لا مبرر لهما !! .

أنا أعرف أن هناك فلسفة قانونية ! تقول أن محكمة التمييز هي ليست درجة من درجات المحاكم ! وانما هي محكمة نقض وابرام فقط !! الخ ..

ولكني أقول ان الفلسفة القانونية ، تقابلها فلسفة قانونية أخري !! وان المصلحة القضائية تقضي بتوسيع صلاحيات محكمة التمييز في هذه الحالات ، لتكون قراراتها عملية وحاسمة من أقرب سبيل !! وأقصر وقت !!

٥ ـ الحكام اقلاء والموظفون أقل : ـ

ليس من المعقول أن يكلف انسان يعمل فى القضاء ، بأن يحسم خمسين أو ستين دعوى صلحية ، وثلاثين أو أربعين دعوى بدائية فى اليوم الواحد . .

ضف الى هذا الشئون القلمية وقبول الدعاوى الجديدة ، ووضع الحجوز وكل الاعمال الادارية الاخرى . ضف الى هذا أيضا الاعمال القضائية الاخرى التى يمارسها الحاكم المنفرد فى بعض الاقضية والنواحى ـ وكل منها يحتاج الى حاكم خاص : وهى قضايا الاحوال الشخصية والقضايا الجزائية ، والتنفيذ . . الخ .

كيف يمكن انصافا أن يطلب الى حاكم واحد يمارس كل هذه الاعمال ـ أن يتأمل فيها ويدرس كل قضية منها دراسة وافية ؟ ثم يصدر فيها حكما صحيحا ؟ ويقضى بقية حاجات الناس اليومية ، بانتظام ودون تأخير ؟ .

كذلك حال الموظفين التابعين للمحاكم : أنواع منوعة من المشاكل والامور القلمية واعداد الاعلامات وطبعها ـ وتعقيب التباليغ للدعوتيات وللاعلامات . . . تطلب كلها من الموظف ؟ وأن ينجزها على وجهها الاكمل ـ فى اليوم الواحد ؟ .

أن المحامين ـ وموكليهم ـ يعلمون كم تتأخر الاعلامات : فى اعدادها مسودة ! ثم مبيضة ! ثم طبعها ! ثم تصحيحها ! ثم مصاريفها ! ثم توقيعها ! ثم تبليغها ! ثم استلام ورقة التبليغ ! هذه السلسلة الطويلة التى تتأخر أحياناً عدة شهور !! هى مرحلة استلام الاعلام ، بعد أن صدر الحكم البدائى !!

انها مشكلة من مشاكل القضاء تؤدى فى كثير من الاحيان الى قضاء وقدر !

فيجب أن تعالج بما تتطلبه من حكمة وروية !

أن الحاكم يجب أن لا يعطى من الدعاوى والاعمال أكثر من المعقول !! ويجب أن لا يرهق بشكل لا يأتلف وما هو مطلوب منه من درس وتأمل وحسم للنزاع ـ بأسرع ما يمكن من الوقت ، وأقل ما يمكن من الخطأ .

وكذلك جهاز الموظفين الذين يمارسون أعمالا جساما ، يجب أن تكون أعمالهم موزعة على قدر ما يستطيع الموظف انجازه منها خلال ساعات الدوام ـ فارهاق الموظف إرهاق للناس أيضا !!

٦ ـ دائرة التنفيذ مقبرة الاحكام: ـ

وبعد أن تنتهى مشكلة الدعوى ويصدر بها حكم قطعى قد يطول عدة سنين !! وبعد أن ينتهى استلام اعلام الحكم كاملا بعد عدة شهور . . . يتوجه صاحب الاعلام ـ ولا أقول الحق بعد أن أصبح الحق اعلاما ـ يتوجه الى دائرة التنفيذ لخوض غمار حرب جديدة ! ربما تكون آخرها (دفن) الاعلام ومواراته التراب . . . الى أن يبعث الله من فى القبور !!

فهناك تبدأ التلبليغات من جديد ! وتمضى على كل تبليغ مدد قانونية جديدة . . . وأفظع ما فى الأمر هو المدة الأولى . . . اعنى بها مدة التبليغ بالاخبارية البالغة ثمانية أيام . . . فأن الخصم الذى نازع عدة سنين ، ثم انتهى به المطاف إلى أن صدر ضده الحكم القطعى ويلغ به . . . هذا الخصم يحتاج الى(علم) جديد بالاعلام ؟ و(مدة) طويلة لأفهامه بمضمون الاعلام . . .

الواقــع انى لم افهم حتى الان (فلسفة) هذه المدة فى تبليغ الاخبارية بالتنفيذ ! وانتظار مدتها الطويلة . . . ولو كان الامر مقتصراً على هذه الايام الثمانية لهان الامر! ولكن هناك أمورا مهمة أخرى لها خطرها منها : ..

أن صاحب الاعلام لا يستطيع ان يوقع حجزا اثر تنفيذ الاعلام ؟ لماذا ؟ لا أدري ؟ وتصور عمق الفلسفة هذه : صاحب ورقة عادية ـ قد تكون مزورة ـ في استطاعته ان يوقع حجزا احتياطيا علي مال يزعم انه يعود لمدينه !! ولكن صاحب الاعلام لايستطيع ان يقوم بهذا الحجــز في دائــرة التنفيذ ـ وبيده ســيف قاطــع هــو حكم قضائي!! ...

وهذه المسألة بالذات مكنت كثيرا من المدنيين من تهريب أموالهم خلال هذه الفترة ! ليحرموا المحكوم له من وضع الحجز عليها فــورا ...

وهناك مشاكل أخري منها : ـ

ان حكما بتخلية المأجور ـ التي اعتبر القانون دعواه مستعجلة ـ يمر هو الاخر من مراحل التبليغ ! والتعقيد ! والاطالة ! وبعد ان تمضي علي التنفيذ عدة شهور ـ يقرر حاكم التنفيذ امهال المحكوم عليه مدة لتخلية المأجور ، تمكينا له من ايجاد محل جديد !! وهكذا يدخل الامر المستعجل ، كهوفا جديدة !! ويجتاز مراحل طويلة !! كأن المحكوم عليه بالتخلية لم يخبر حتي الان بأنه محكوم بالتخلية !! وان عليه ان يهيء له ملجآ جديــدا ؟

ومنها أيضا أن الحكم بآلاف الدنانير يجــرى تقســيطه بعــدة دنانيــر ، هى لا تــوازى تســـديد الفائدة القانونية المحكوم بها ! فمتى ياترى دور السداد لاصل المبلـغ ؟!

ومنها أيضا المخابرات الطويلة بين الدائرة والشركة المدنية ـ احتراما لمقامها الرفيع !! التى أحياناً تؤدى الى ضياع كثير من الخطوات التى تترتب عليها نتائج قانونية ـ وسط هذه المخابرات والتعقيدات والاحترامات . . . مع ان الشركة المدينة هى أولى من الاشخاص العاديين بأداء الدين دون مراوغة أو عرقلة أو مماطلة !! فان هى تشأ ان تفهم ذلك ، فان الاجراء القانونى السريع لكفيل بأن يفهمها !! فلماذا اذن التفريق بين مدين فرد ؟ ومدين شركة ؟

ومنها ما هــو أقظــع من ذلك كلــه : تكــون دائــرة الرسمية

محكومة بمبلغ تمتنع عن دفعه !! دائرة حكومية لا تطيع القانون ! ولا ترضخ لسلطة القضـاء !

فم الحل ؟ الحل هو تعطيل الحـق !!

ذلك أن دائرة التنفيذ لا تملك سلطة قانونية تبيح لها حجز صندوق الدائرة وأخذ المبلغ المحكوم به عنوه ـ تنفيذاً لحكم القانون ؟!

أني اعتقد ان هـذه مسـألة فظيعة : وهى أن دائرة حكومية ـ لا تحترم قضاء المحاكم !! ولا تنفيذ أحكامها . . .

ولهذا أجد بداهة ان لا محل لحماية دائرة رسمية تستهين بسطوة القضاء . . فيجب أن يعدل القانون ويبيح لدائرة التنفيذ ، تنفيذ الحكم جبرا ـ أسوة بالمدينين الآخرين . وعلى الموظف المختص تقع تبعة هذه الحالـة المشينة ـ بلا ريب ـ لسمعة الدائرة وسمعة الحكومة . . .

أن استحصال الحق المحكوم به أقدس من مجرد المجاملة والاحترام لمقام الدائرة !!

ومنها أخر الامر مشكلة تمييز المقررات التنفيذية !! أن المدين يستطيع دائما ان يدفع دينارا واحدا ـ ليشل به عملية التنفيذ ! وتعقيدها ! وتأخيرها . . بدينار واحد يستطيع ان يكـرر عملية التأخير عدة مرات ـ فكل قرار يتخذه رئيس التنفيـذ يستطيع المدين تعطيله بدينـار واحـد ، يدفعه رسما لتمييز القرار . . . وتظل هذه العملية المعطلة للحق ، والمعقدة للمعاملة ، والمشغلة لمحكمة التمييز . . تكرر مرات لا حدود لها ولا نهاية !!

أنها مأساة قضائية ينبغى حلها وسد هذا الباب دون الذين يماطلون فى دفع حقوق الناس عامدين ، ليأخذ التنفيذ السليم والسريع سـبيله فى ايصـال الحقـوق الى ذويها . . .

٩ ـ مفاسد السياسة الخرقاء :

كان ديدن العهد البائد تشجيع الرذيلة على الفضيلة ! وتغليب الباطل على الحق ! ومساندة الدعاة ولو كانوا مشعوذين . . . وهكذا انفتـح بـاب الأفسـاد للاخـلاق وللضمائر على مصراعيه !! أمام كل مخرب طامع ! ومشعوذ دجال!

وكنا نشاهد بعض المحامين يتأبطون محافظهم ويلجون أبواب الوزارات والدوائر التابعة لها . . . يقضون المصالح من غير دعوى أو مرافعة ! ويحلون مشاكل الناس من غير ان يواجهوا محكمة من المحاكم ! بل الاصح ان يقال ان بعضهـم كان يقضي أعمالـه بالتليفون يكلم فيه زميله الوزير ، او المحسوب عليه من الموظفين ـ وينتهي الامر حالا ويقضي اتعابه الباهظة حالا . .

والأدهي من ذلك ان رجال العهد البائد كانوا يلاحقون المحامي من خصومهم حتي في رزقه !! يعرقلون شئونه ، ويحجبونّ عنه دعاوي الحكومة ولو كانت الدائرة المختصة تعتمد عليه لكفاءته وثقتها به ـ ذلك عمل لا شك مستهجن !

وكانت هذه المآسى المستهجنة تتكـرر فى كـل دور ووزارة وانقـلاب !! حتى جـاءت الحـرب الاخيرة فأجهزت على البقية من القيم التى يقوم عليها كيان الدولة الديموقراطية الصحيحة . .

وخلال هذه الحقب الطويلة ، والكوارث المتلاحقة ـ كانت

المؤامرات الاستعمارية المتكررة ، يمهد لها بظروف تخلق خلقا وتنتحل أسبابها انتحالا - لكي تعلن الاحكام العرفية !!

وهات يا مفاسد ! ويا وساطات !

وهكذا على توالى السنين الطويلة التى عشناها فى ظل الاحتـــلال !! والاســـتغلال !! والضلال !! اختل ميزان العدل ، واختل معه ميزان المحاماة ! وأصبحت المحاماة تخرج من أزمة لكى تدخل فى أزمة أخرى . . .

١٠- استمرار الاحكام العرفية الحالية شل المحاماة :

وبعد أن ولى ذلك العهد الاسود البغيض . . . وجاء يوم الثورة المباركة - ثورة ١٤ تموز عام ١٩٥٨ - وأعلن فيه قيام الجمهورية العراقية العزيزة ، أعلنت الاحكام العرفية لسلامة الثورة ، وسلامة الجمهورية .

وهذا أمر طبيعى تقتضيه طبيعة الثورة ، وطبيعة قيام النظام الجديد .

ولكن الاحكام العرفيه - هى دائما أحكام عرفية !! تعطل كثيرا من القوانين ، وتشل القضاء العادى عن عمله المعتاد . . فيتعطل تبعا لذلك عمل المحامين الاعتيادي ايضا .

وكان المؤمل ان ينتهى حكم الاحـكام العرفية ، بانتهاء فترة الانتقال فى يوم الجيش الباسل يوم ٦ كانون الثانى ١٩٦٠ - غير انها لم تلغ ، وبقيت على استمرارها منذ قيامها فى ١٤ تموز ١٩٥٨ .

نأمل أن تزول الأسباب الباعثة على بقائها حتى الآن ، ليزول بذلك عامل مهم من العوامل الباعثة على اشتداد أزمة المحامين !

* * *

كل هذه الاسباب والعوامل والمؤثرات ، ادى قيامها - مجتمعة - الى ما آل إليـه حـال المحاماة اليوم : حال اشفاق وأسى !

فمما يدعو الي الاشفاق حقا ان تـرى : -

محامين قدامى قضوا فى المحاماة عشرات السنين وكانوا فى الطليعة - عاطلين عن العمل !

محامين أكفاء يمتازون فى خلقهم القويم ونزاهتهم الممتازة - يعيشون عيشة كفاف ! -

محامين امتازوا بالقدرة العلمية فى عالم المحاماة وعالم القضاء - يضيعون أوقاتهم بالجدل الفاضى ! تغطية لحظهم الضائع !!

محامين أمضوا فى المحاماة أكثر من ربع قرن - لا يملكون دارا للسكنى !

محامين صرموا أكثر عمرهم فى المحاماة - ليس لهم من مورد يضمن لأولادهم مستقبلا كريما !

ومما يدعـوا الى الاسى حقـا أن ترى : -

محامين اســـتغلوا عهــد الجمهورية الحبيبة ، كما استغل الآخرون العهد البائد - فأثروا ثراء ربما كان فاحشـــا ! ، دون أن يحاسبوا على ثرائهم على غير المشروع !!

ومحامين كانوا مطاوى النسيان برزوا فجأة للعيان ! فصار يشار اليهم بالبنان !!

ومحاميــن جاءوا بعــد الثورة لا يملكون غير البدلة التى يرتدونها أصبحوا يضاربون فى الاملاك ، ويدفعون آلاف الدنانير على سبيل

ما يسمى (سرقفلية) !!

ومحامين آخرين ناجحين الآن ! لا بعلمهم الجديد ! ولا بماضيهم التليد ! - وانما لانهم يحسنون التهريج ، واحتكار الاخلاص للوطن !!

هذا المآسى والشرور التى اودت بالمحاماة ، الى هاوية سحيقة ، من الذل والمهانة ، عرضتها الى أزمة حادة ، وخلقت للمحامين محنة قاسية - يجب على العهد الجديد أن يوليها ما تستلزمه من علاج حاسم !!

واذا صح المنطق القائل ان تحديد المشكلة - هو السبيل الاول لحلها !!

فأنا حاولت بجهدى ان أحدد مشكلة المحاماة ، ومشكلة المحامين !! متوخيا التماس الحل الصحيح لهذا المشكل الكبير ...

ان المحاماة فى أزمة ، والمحامون فى محنة !! والحل السريع واجب حتمى !!

أن المحاماة الآن فى أزمة :- أزمة أخلاقية ، وأزمة اقتصادية ، وأزمة قضائية !!

والمحامون الآن فى محنة :- محنة أخلاقية قلبت القيم القومية ، باتت معها مصلحة المحامين فى خطر !

ومحنة اقتصادية عرضت المحامين الى حالة لا تليق بكرامتهم أن سيادة القضاء وصيانة استقلاله وكرامته - تستوجب كلها اصلاح القضاء واصلاح المحاماة معا .

أن هذه المهنة الجليلة تحتاج الى (ثورة) قضائية !!

وتحتاج الى سيف بتار ، يعمل بالعدل والحكمة !! ليبتر النصوص القانونية المعرقلة لسير العدالة !! وليبتر الاعضاء الفاسدة من جسم القضاء ، وجسم المحاماة ...

كما يفعل الجراح فى بتره الساق المعيبة ، من جسم المريض !!

إن المحاماة هى مهنة الحرية والكرامة
والكفاح فى مختلف مناحى الحياة
وفى كل زمان ومكان

شيخ المحامين المغفور له
الأستاذ الجليل مصطفى مرعى

فهرس العدد

الموضوع | الصفحة

رقم الإيداع ٢١٤

دار وهدان للطباعة
ت : ٩٠٥٠٣٦ ـ ٩٧١٤٤٤

قالوا عن المحاماة

المحاماة فى أسـمى مظاهرها
تدافع عن الحق باعتباره فكرة ـ لا مهنة
وتذود عن المظلومين أفراداً وجماعـات .

المغفور له الأستاذ الكبير
مكرم عبيد
النقيب السابق

دار وهدان للطباعة
ت : ٩٠٥٠٣٦ ـ ٩٢١٤٤٤

تصدرها
نقابة
المحامين
بجمهورية
مصر
العربية

المحاماة



العددان الخامس والسادس - مايو ويونية ١٩٩٠ - السنة السبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ إنَّمَا المُؤْمِنُون الَّذِين إذَا ذُكِرَ الله وَجِلَتْ قُلُوبُهُم ، وإذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِم آيَاتِه زَادَتْهُم إيمَانا وعَلى رَبِهِمْ يَتَوَكَّلُون ﴾ صدق الله العظيم

حقوق الانسان والحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية (دراسة مقارنة)

للاستاذ الدكتور/ حسنى درويش عبد الحميد
المستشار بمجلس الدولة

دراسة وجيزة فى شأن حالة الطوارئ

للاستاذ المستشار / عثمان حسين عبدالله
نائب رئيس محكمة النقض وعضو مجلس الدولة (سابقاً)

الطعن بالنقض فى المواد الجنائية

تعليق ودراسة مقارنة بنظام النقض الفرنسى

للاستاذ الدكتور/ حسن علام - المحامى

نظرية الشركة فى الفقه الإسلامى

للاستاذ الدكتور/ نجيب محمد بكير
أستاذ بقسم القانون جامعة حلوان

على هامش قانون السلطة القضائية

للسيد الاستاذ/ حسين محمد البسومى
المحامى

أحكام الأرش فى الشريعة الإسلامية

للاستاذ المستشار/ محمود الشربينى
نائب رئيس مجلس الدولة
وعضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

حدود مشروعية قانون العقوبات المصرى فى ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية

للسيد الاستاذ/ كمال عبد الواحد الجوهرى - المحامى

كلمات من نور

قال صلى الله عليه وسلم :

لا هجرة بعد الفتح ، ولكنْ جهادٌ ونيَّة ، وإذا استُنفرتم فانفروا .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

نعمتان مغبون فيهما كثير فى الناس : الصحة والفراغ .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

المؤمن القوى خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

حُجبت النار بالشهوات ، وحجبت الجنة بالمكاره .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

عليك بكثرة السجود ، فإنك لن تسجد لله سجدة إلا رفعك الله بها درجة ، وحط عنك بها خطيئة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من دلَّ على خير فله مثل أجرِ فاعِله .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرَّم عليه الجنة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

ليس الشديد بالصُّرَعة ، إنما الشديد الذى يملك نفسه عند الغضب .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم .

تقـــــديم

للسـيد الاسـتاذ
عصمت الهوارى
المحامى
وكـيل نقابة المحاميـــن
وسكرتير التحرير

يا عرب .. تعلموا صناعة القتال توهب لكم الحياة

هل أتاك نبأ هجرة اليهود السوفييت إلى فلسطين المغتصبة .. أولئك الذين جاءوا من أقصى الأرض دعماً للعصابات الإسرائيلية الغازية .. فالمجرمون قراصنةُ القرن العشرين يقتحمون بدنسهم كل محراب . فمازالوا يعتقلون المسجد الأقصى وكنيسة القيامة .. ويقفزون على تعاليم السماء .. ويفرضون شريعة الغاب .. كل ذلك والأنظمة العربية تكلست حركتها فى مواجهة هذا الغزو الجديد !! .

على الحكام العرب جميعاً أن يدركوا حجم هذا الخطر الذى ليس قاصراً على فلسطين المغتصبة وحدها ، وإنما هو خطر أفدح وأبشع مما يتوهمون .. عليهم أن يدركوا أنه إذا كانت الأحلام الإسرائيلية بالأمس قد حددت الوجود الإسرائيلى من النيل إلى الفرات ، فإن الغزو الجديد يحدد تلك الأحلام من المحيط إلى الخليج .. فكل أرض عربية صارت هدفاً إسرائيلياً .. ورغم هذا الخطر فإن الأنظمة العربية غائبة تصنع النضال على جدار الوهم .. !! .

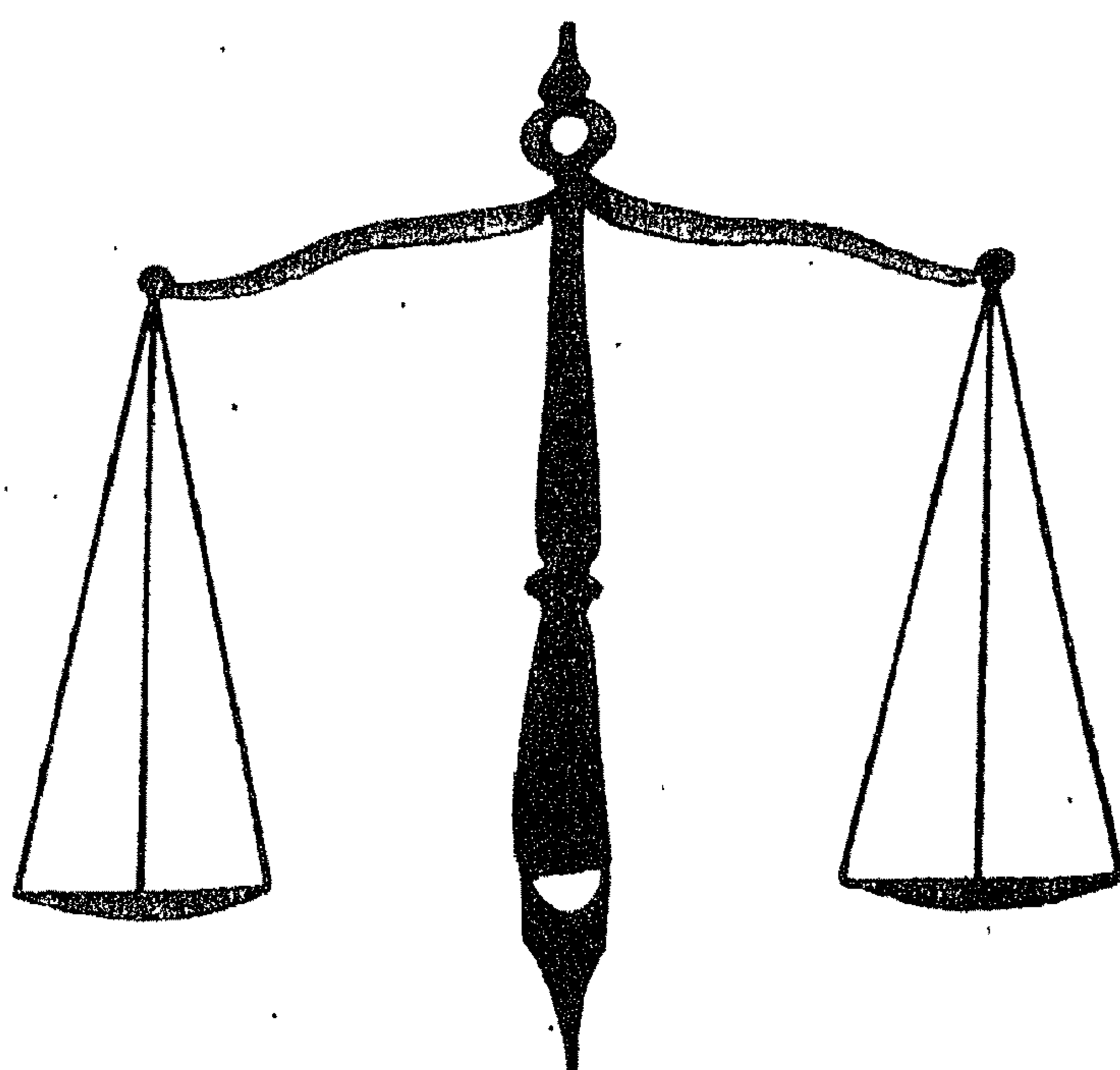
إن الذين يستخفون بالغزو اليهودى الجديد لا يدركون أن ذلك الغزو هو إعداد لحروب جديدة لن يفلت منها سكان الكهوف أو القصور .. ولن يفلت منها بدو الصحراء أو أبناء الحضر .. فالذين ينازعون فى أن الصراع العربى الصهيونى هو صراع وجود وليس صراع حدود واهمون .. إنهم لم يقرأوا من المواثيق الصهيونية ميثاقاً ، ولم يفتحوا من كتب العدو كتاباً ، ولم يغادروا طوال حياتهم سردابا . ولم يدخلوا من أبواب التاريخ بابا ، انهم يرقدون فى كهف الغفلة ، تحسبهم أيقاظا وهم رقود ، يعيشون على هامش الزمن ويعتصمون بأرصفة التاريخ ... !! .

يا عرب .. اعلموا أنه لم يعد الصبر اليوم مفتاح الفرج ، وإنما القوة وحدها صارت هى المفتاح لكل نصر وفرج .. فاتقوا الله فى عروبتكم ، ولتعلموا أنكم إذا تعلمتم صناعة القتال توهب لكم الحياة .

مصـر والأمـة العـربيـة

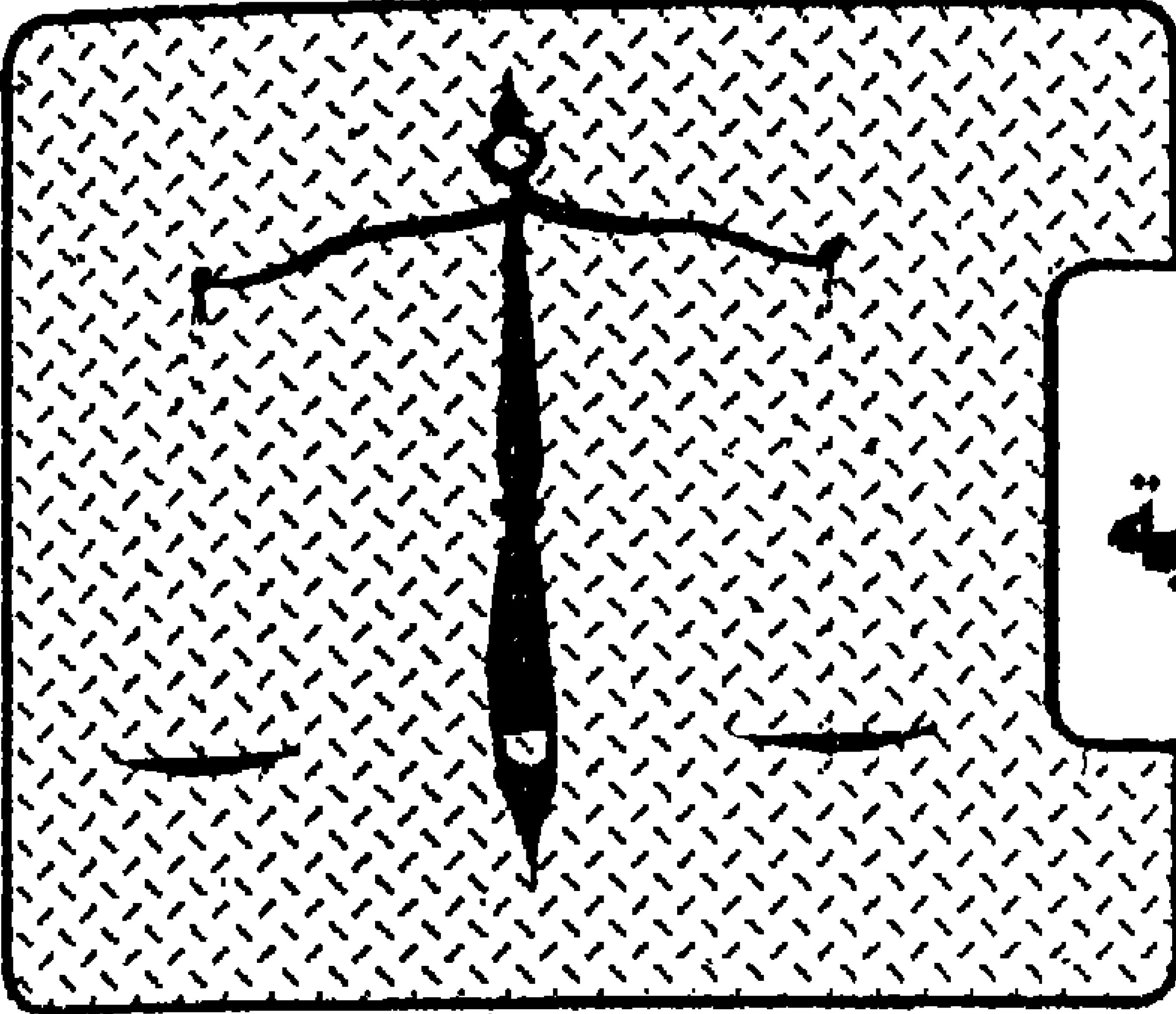
إن المصريين فى ضمير الأمة العربية ، هم عقلها الذى يفكر ، واللسان الذى يعبر ، واليد التى تضرب ، ومصر أيضاً فى ضمير كل عربى هى الأمة والرائد والمدرسة والمنبر .

من اقوال الاستاذ الجليل
النقيب أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم

مبادئ النقض فى المواد الجنائية



اجراءات

(أ) إجراءات التحريز :

إجراءات التحريز . تنظيمية . عدم ترتب البطلان على مخالفتها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(ب) إجراءات التحقيق :

إختيار المحقق لمكان التحقيق متروك له تقديره حرصًا على صالح التحقيق وسرعة إنجازه .

(الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٠/٩/٢٠)

(جـ) إجراءات المحاكمة :

١ - حق المحكمة فى الاستغناء عن سماع شهود الإثبات بقبول المتهم أو المدافع عنه ذلك صراحة أو ضمنًا .

(الطعن رقم ٤٢٥٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

٢ - وجوب بناء المحاكمة الجنائية على التحقيق الشفوى الذى تجريه المحكمة فى الجلسة وتسمع فيه الشهود ما دام ذلك ممكنًا . عدم جواز الافتئات على هذا الأصل لأية علة مهما كانت إلا بتنازل الخصوم صراحة أو ضمنًا .

(الطعن رقم ٣٧٢٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٣ - وجوب أن يكون لكل متهم بجناية . محام يدافع عنه . المادة ٦٧ من الدستور - حتمية الاستعانة بمحام لكل متهم بجناية . ليكفل له دفاعًا حقيقيًا لا دفاعًا شكليًا . علة ذلك ؟

ثبوت أن الدفاع الذى أبداه المحامى المنتدب عن الطاعن يقعد عن بلوغ الغرض منه . يبطل إجراءات المحاكمة .

(الطعن رقم ٣٧٢٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٤ - النعى على المحكمة عدم اطلاعها على حرزى النقود المضبوطة والتسجيلات الصوتية . غير جائز . ما دام الطاعن لم يطلب منها ذلك .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - العبرة فى وصف الحكم هى بحقيقة الواقع لا بما تذكره المحكمة عنه . وجوب حضور المتهم بنفسه فى الأحوال التى يكون الحبس وجوبيًا . جواز حضور وكيله فى الأحوال الأخرى .

حضور وكيل عن المتهم المحكوم عليه بالغرامة أمام محكمة ثانى درجة يجعل الحكم حضوريًا جائزًا الطعن فيه بالنقض .

(الطعن رقم ٥٦٣٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٦ - الطعن بالتزوير وسيلة دفاع خضوعها لتقدير المحكمة . حد ذلك .

- تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى موضوعى .

المحكمة هى الخبير الأعلى فى كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها أو الاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها .

– طلب التأجيل لاتخاذ إجراء عدم التزام المحكمة بإجابته . رهن بعدم الحاجة إليه .

(الطعن رقم ٥٦٤٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٧ – الأصل بناء الأحكام الجنائية على التحقيق الذى تسمع فيه الشهود . عدم جواز الخروج على هذا الأصل إلا إذا تعذر سماعهم أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك .

– الطلب الجازم . ماهيته .

– الاسترسال فى المرافعة لا يجرم المدافع من العدول عن طلب سماع شهود أساس ذلك ؟ مثال .

(الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

٨ – مناداة المتهم باسم خاطىء وعدم مثوله بالتالى أمام المحكمة . عذر قهرى .

(الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

٩ – إصابة المتهم بعاهة فى العقل بعد وقوع الجريمة . وجوب وقف إجراءات التحقيق أو المحاكمة حتى يعود إلى رشده ويكون فى مكنته الدفاع بذاته عن نفسه والإسهام مع المدافع عنه فى تخطيط أسلوب دفاعه . المادة ٣٣٩ إجراءات .

– إغفال الحكم دفاع الطاعن بإصابته بمرض عقلى طرأ بعد وقوع الجرائم المسندة اليه .

إخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ٥٥٩٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

أحداث

١ – إيداع الحدث إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية وإن كان تدبيرًا إحترازيًا إلا أنه عقوبة مقيدة للحرية لا تحتاج إلى تقديم كفالة من الطاعن .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

٢ – الحكم على متهم باعتبار أن سنه جاوزت الثامنة عشرة . ثبوت عدم تجاوز هذه السن بأوراق رسمية . منوط برئيس النيابة رفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم . للقضاء بالغائه وإحالة الأوراق إلى النيابة العامة للتصرف فيها . أساس ذلك .

(الطعن رقم ٢٦٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١)

اختصاص

١ – الاختصاص المحلى :

الأماكن التى يتعين بها الاختصاص المكانى بنظر الدعوى . قسائم متساوية . المادة ٢١٧ إجراءات .

عدم إستظهار الدليل على وقوع جريمة الإفلاس بالتقيد بدائرة المحكمة أو أن المتهم مقيم أو قبض عليه بها . قصور .

(الطعن رقم ٥٥٦٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

(ب) الاختصاص النوعى :

إختصاص المحاكم الجنائية . العبرة فيه بنوع الجريمة التى تهدد الجانى ابتداء .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

المعول عليه فى تحديد الاختصاص النوعى ابتداء هو الوصف القانونى للواقعة كما رفعت بها الدعوى .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

اختلاس أموال أميرية

العقوبة المقررة لجريمة الاختلاس المنصوص عليها فى المادة ١١٢ عقوبات

الأشغال الشاقة المؤبدة ; مقتضى ذلك .
(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

اخفاء أشياء مسروقة

– توافر أركان جريمة إخفاء الأشياء المسروقة . شرطه . أن يثبت فوق اتصال المتهم بالمال المسروق أنه كان يعلم علم اليقين أن هذا المال مسروق .

– مثال لقضاء محكمة النقض في الموضوع ببراءة المتهم من جريمة إخفاء أشياء مسروقة .
(الطعن رقم ٦٠٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

ارتباط

١ – مناط تطبيق الارتباط الوارد في المادة ٢/٣٢ عقوبات . إنتظام الجرائم في خطة جنائية واحدة بعدة أفعال يكمل بعضها البعض الآخر بحيث تتكون منها مجتمعة الوحدة الاجرامية التي عناها الشارع .

– تقدير قيام الارتباط . موضوعي .

قيام الطاعن وآخرين بسرقة شخصيين مختلفين وفي زمانين ومكانين متغايرين . لا يتحقق به الارتباط .
(الطعن رقم ٤٠٥٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

٢ – الدفع بقيام ارتباط بين الدعوى المطروحة ودعوى أخرى منظورة بالجلسة ذاتها . دفاع جوهري . على المحكمة أن تعرض له في حكمها . اغفال ذلك قصور .
(الطعن رقم ٥٢٢٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

٣ – الارتباط الذي تتأثر به المسئولية عن الجريمة الصغرى طبقا للمادة ٢٣ / ٢ – عقوبات . ينظر إليه عند الحكم في الجريمة الكبرى بالعقوبة . دون البراءة . أساس ذلك ؟

– لا محل لأعمال الارتباط عند القضاء بالبراءة في إحدى التهم ولو كانت جناية .
(الطعن رقم ٣٩٥٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

أسباب الاباحة وموانع العقاب

أسباب الاباحة : الدفاع الشرعي :

١ – حق الدفاع الشرعي عن النفس . شرع لرد أي اعتداء على نفس المدافع أو على نفس غيره .

– الدفع بقيام حالة الدفاع الشرعي . جوهري . وجوب مناقشته في الحكم والرد عليه وإغفال ذلك . عيب .

– اتصال وجه الطعن بالمحكوم عليه . لم يقبل طعنه شكلاً . يوجب امتداد أثر نقض الحكم اليه .
(الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٢ – ثبوت التدبير للجريمة بسبق الاصرار عليها أو الميل لارتكابها وينتفي به حتمًا موجب الدفاع الشرعي . علة ذلك .
(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

موانع العقاب : « العاهة العقلية » :

١ – المرض العقلي الذي تنعدم به المسئولية قانونًا وفق المادة ٦٢ عقوبات هو الذي من شأنه أن يعدم الشعور والادراك . سائر الأحوال النفسية التي لا تفقد الشخص شعوره وإدراكه لا تعد سببًا لانعدام المسئولية .
(الطعن رقم ٣٠٤٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٢ - تقدير حالة المتهم العقلية . موضوعى . على المحكمة حتى يكون قضاؤها سليمًا أن تعين خبيرًا للبت فى هذه الحالة وجودًا وعدمًا أو تورد أسبابًا سائغة لاعراضها عن ذلك .

تمسك المدافع عن الطاعن بسبق اصابته بمرض عقلى . جوهرى - وجوب تحقيقه عن طريق المختص فنيًا أو الرد بما ينبغى ذلك بأسباب سائغة - القعود عن ذلك يعيب الحكم .

(الطعن رقم ٥٥٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٣ - المرض النفسى لا يؤثر فى سلامة العقل وصحة الادراك وتتوافر فيه المسئولية الجنائية .

- سلطة المحكمة فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى وهى الخبير الأعلى فى كل ما تستطيع الفصل فيه بنفسها أو بالاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها هى غير ملزمة بإعادة المهمة لذات الخبير أو ندب خبير آخر فى الدعوى ما دام استنادها إلى الرأى الذى استندت اليه هو إستناد سليم لا يجافى العقل والقانون .

(الطعن رقم ٥٧٧٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

استئناف

(أ) سقوطه :

١ - عدم تقدم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ للتنفيذ قبل الجلسة . أثره . سقوط الاستئناف المرفوع منه .

- عدم سريان ذلك عند سداد الغرامة المقضى بها ابتدائيًا . أساس ذلك .

- مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر . خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٢ - عدم سقوط الاستئناف متى تقدم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة للنفاذ وقت النداء على قضيته فى يوم الجلسة . أساس ذلك .

شمول المحكوم عليه أمام المحكمة الاستئنافية وقضائها رغم ذلك بسقوط استئنافه . خطأ يوجب نقض الحكم .

(الطعن رقم ٣٠٠٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

(ب) نطاقه :

استئناف الحكم القاضى بعدم جواز المعارضة يقتصر فى موضوعه على هذا الحكم وحده دون الحكم الابتدائى موضوع المعارضة . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٨٣٤١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

(جـ) نظره والحكم فيه :

١ - عدم استئناف النيابة العامة الحكم الابتدائى الغيابى الذى قضى بالغرامة والتصحيح واستئنافها الحكم الصادر بالبراءة والمعارضة التى قرر بها الطاعن وحده ليس للمحكمة الاستئنافية وقد اتجهت للادانة أن تقضى عليه بما يجاوز الجزاء المحكوم عليه به غيابيًا . علة ذلك . حتى لا يضار بناء المعارضة التى رفعها .

(الطعن رقم ٥٦٣٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - استئناف النيابة دون النيابة أثره عدم

جواز تغليظ العقوبة المقضى بها عليه . علة ذلك ؟

العبرة فى تشديد العقوبة أو تخفيضها هى بدرجة العقوبة فى ترتيب العقوبات .

قضاء محكمة أول درجة بنوعين من العقوبة « الحبس والغرامة » لا يجوز للمحكمة الاستئنافية زيادة مقدار الغرامة وان انقصت عقوبة الحبس . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٦٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨) .

٣ - الغاء المحكمة الاستئنافية الصادر من محكمة أول درجة بمعاقبة المتهم بعقوبة الجنحة باعتبار أن الواقعة جناية رغم أنه المستأنف وحده . خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ٦٠٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٤ - تشديد العقوبة المحكوم بها ابتدائية . بناء على استئناف المتهم وحده . خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ٦٢٣١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

استعراف وتعرف

التعرف . لم يرسم القانون له صورة خاصة لمحكمة الموضوع أن تأخذ بتعرف الشاهد على المتهم .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

اشتراك

١ - معاقبة الشريك بالعقوبة المقررة للجريمة . واجب . ولو امتنع ذلك على الفاعل لسبب من أسباب الاباحة أو لعدم وجود القصد أو لأحوال خاصة به .

- صفة القاضى أو عضو النيابة ليست من الأحوال التى تمنع من معاقبة الفاعل لكى تحول دون رفع الدعوى عليه إلا بعد إذن . إقامة الدعوى الجنائية على الشريك غير ممتنعة .

- القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية بالنسبة لمن لا يشترط الحصول على إذن مجلس القضاء الأعلى لتحريك الدعوى الجنائية ضده - خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

٢ - إدانة الحكم الطاعن بجريمة الاشتراك فى الاختلاس يوجب إستظهار عناصر هذا الاشتراك وطريقته وبيان الأدلة على ذلك من واقع الدعوى وظروفها .

مجرد قيام الطاعن الثانى بالاشتراك مع الطاعن الأول فى تقديم المستند المزور الى المختصين لا يفيد فى ذاته المساهمة فى جريمة الاختلاس .

عدم بيان الحكم ما يدل على توافر المساهمة فى مقارفة جريمة الاختلاس . قصور .

نقض الحكم فى تهمة يوجب نقضه بالنسبة لما ارتبط بها من تهم أخرى .

(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٧)

٣ - عدم استظهار عناصر الاشتراك وطريقته فى جريمة الاستيلاء على أموال

أميرية . قصور .

مثال : لتسبيب معيب لحكم بالادانة فى جريمة تسهيل الاستيلاء على أموال أميرية .

(الطعن رقم ٥٩٧٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

اصابة خطأ

العقوبة المقررة لجريمة التسبب خطأ فى إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص هى الحبس وجوبًا – المادة ٣/٢٤٤ عقوبات .

العقوبة المقررة لجريمة عدم التزام الجانب الأيمن من نهر الطريق هى الغرامة التى لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد عن خمسين جنيهًا . المادة ٧٤ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ المعدل .

العقوبة المقررة لجريمة قيادة مركبة آلية بحال ينجم عنها الخطر هى الغرامة التى لا تقل عن خمسين قرشًا ولا تزيد على مائة قرشًا المادة ٧٧ من القانون سالف الذكر .

اعمال المادة ١/٣٢ عقوبات والقضاء بعقوبة واحدة عن الجرائم الثلاث يقتضى الحكم بالعقوبة الأشد المقررة لجريمة إصابة أكثر من ثلاث أشخاص وهى الحبس وجوبًا – قضاء الحكم المطعون فيه بتغريم المتهم مائة جنيه . خطأ فى القانون – يوجب نقض الحكم وتصحيحه بالقضاء بتأييد الحكم المستأنف .

(الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣٠)

اعدام

١ – وظيفة محكمة النقض فى شأن الأخطاء الصادرة بالإعدام ذات طبيعة خاصة . مؤدى ذلك . وأساسه ؟

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٢ – قبول عرض النيابة العامة للدعاوى المقضى فيها حضوريًا بالاعدام ولو تجاوزت الميعاد المقرر فى القانون . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٣ – إثبات تاريخ تقديم مذكرة النيابة فى القضايا المقضى فيها حضوريًا بالاعدام . غير لازم . علة ذلك ؟

– إتصال محكمة النقض بالدعوى المحكوم فيها بالاعدام . بمجرد عرضها عليها .

(الطعن رقم ٦١٧٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٤ – عدم جواز عرض النيابة العامة للحكم الصادر بالاعدام من محكمة أمن الدولة العليا . طوارىء . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٦٠٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١)

اعلان

– وجوب اعلان المتهم لشخصه أو فى موطنه . مكان العمل ليس موطنًا يجوز الاعلان فيه .

(الطعن رقم ٣٨٨٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

امتناع عن تنفيذ حكم

اعلان الصورة التنفيدية للحكم المنفذ به إلى الموظف المختص المطلوب اليه تنفيذه . شرط لانطباق المادة ١٢٣ عقوبات . علة ذلك ؟

الدفع بعدم اعلان السند التنفيذى . جوهرى . عدم مواجهته والرد عليه . قصور .

(الطعن رقم ٣٤٥٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٩)

أمر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى

الأمر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الجنائية . جواز إستنتاجه من أى تصرف أو إجراء يدل عليه . لا يصح إعتراضه أو أخذه بالظن مخالفة ذلك . خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ٦٨٤٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

ايجار أماكن

١ - مؤدى نص المادة ٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ؟

- قيام المالك ببيع الوحدة المؤجرة لغير مستأجرها . لا تأثيم . أساس ذلك ؟

مثال :

(الطعن رقم ٤٦٢٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

٢ - دفاع الطاعنة بتجاوز وكيلها حدود وكالته بتأجيره العين للمجنى عليه وتقاضيه منه مبالغ خارج نطاق العقد . جوهرى .

إستناد الحكم بالادانة إلى سريان التعاقد فى حق الطاعنة دون مواجهة دفاعها ذاك . قصور .

(الطعن رقم ٥٦٣٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٣ - لمالك المبنى المنشأ اعتبارًا من تاريخ العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تقاضى مقدم ايجار لا يجاوز أجرة سنتين طبقًا للشروط الواردة بالمادة السادسة منه .

(الطعن رقم ٣٠٧٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٤ - الحد الأقصى لمقدم الايجار الذى يجوز لمالك المبنى تقاضيه وفق أحكام اللائحة التنفيذية للقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ؟

(الطعن رقم ٣٠٧٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٥- إغفال حكم الإدانة فى جريمة تقاضى مقدم إيجار تحديد الأجرة الشهرية وتاريخ بدء العلاقة الإيجارية ومستوى البناء . قصور .

(الطعن رقم ٣٠٧٥ لسنة ٥٧ فى جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٦ - عقوبة الرد من العقوبات المقررة لجريمة تقاضى مقدم إيجار .

جزاء الرد يدور مع موجبه من بقاء ذمة المؤجر مشغولة به حتى الحكم عليه .

- إغفال الحكم إحتساب قيمة الأجرة التى استأداها المؤجر مقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة حتى تاريخ الحكم فى الدعوى . وإلزامه الطاعن برد مقدم الايجار جميعه دون خصم الأجرة تلك . خطأ .

(الطعن رقم ٣٠٧٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

بلاغ كاذب

١ - جريمة البلاغ الكاذب . ما يجب لتوافرها ؟

- وجوب أن يعنى الحكم باستظهار الدليل على قصد إذاعة ما أسنده المتهم للمدعى بالحقوق المدنية . وأن يدلل على توافر علمه بكذب البلاغ ويستظهر قصد الاضرار .

(الطعن رقم ٥٧١٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٢ - أمر الحفظ الصادر من النيابة العامة لا تتقيد به المحكمة عند نظرها جريمة البلاغ الكاذب . أساس ذلك ؟

- العبرة فى كذب البلاغ أو صحته بحقيقة الواقع .

- اكتفاء الحكم فى اثبات كذب الوقائع المبلغ عنها الى مجرد القول بحفظ الشكوى اداريًا وأن شهود الواقعة لم يسعفوا الشاكى فى اثبات إدعائه . دون أن يعنى ببيان أقوال هؤلاء الشهود

ووجه دلالتها . قصور .

(الطعن رقم ٣٠٢٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

بنـــاء

صحة الحكم بالغرامة طبقًا للمادة الأولى من القانون ٥٤ لسنة ١٩٨٤ مشروطة باستظهار أن قيمة أعمال البناء تزيد على عشرة آلاف جنيه .

(الطعن رقم ٥٢٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

تبديد

١ - قيام الاختلاس المعد تبديدًا معاقبًا عليه . رهن بانتقال حيازة الشيء إلى المختلس وأن تصبح يده يد أمانة وأن يختلس ما أؤتمن عليه .

(الطعن رقم ٨٣٢٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

٢ - ما يتطلبه تحقق القصد الجنائي في جريمة خيانة الأمانة ؟

- العبرة في ثبوت قيام عقد من عقود الائتمان . بحقيقة الواقع .

- خلو الحكم من بيان ركن التسليم والقصد الجنائي . قصور .

(الطعن رقم ٨٤٢٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

تجريف أراضي زراعية

تسوية الأرض الزراعية دون نقل أية أتربة منها لا يعد تجريفًا عدم استلزامه ترخيصًا . أساس ذلك ؟

مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

تزوير

١ - شرط الادانة في جرائم تزويـر المحررات . أن يعرض الحكم لتعيين المحرر المقول بتزويره وما انطوى عليه من بيانات والا كان باطلاً . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٢٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

٢ - بيانات الحكم بالادانة في جريمتي الاشتراك في تزوير محرر رسمي وإستعماله ؟

مجرد تقديم الطاعنة الأوراق المزورة إلى مصلحة الجوازات عدم كفايته . لثبوت إشتراكها في التزوير وعلمها به .

(الطعن رقم ٣٠٢١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٣)

٣ - كفاية أن يكون تغيير الحقيقة في التزوير المعاقب عليه . من شأنه أن يتخدع به بعض الناس .

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٢)

٤ - تحدث الحكم صراحة واستقلالاً عن كل ركن من أركان جريمتي التزوير والتقليد غير لازم . مادام قد أورد من الوقائع بما يدل عليه .

- القصد الجنائي في جرائم التزوير والتقليد . موضوعي . تحدث الحكم عنه صراحة وعلى استقلال . غير لازم ما دام قد أورد ما يدل عليه .

مثال : التدليل سائغ على توافر علم الطاعن بالتزوير وتقليد الخاتم الموضوعي عليه .

- الجدل الموضوعي لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٥ - إثارة الطاعن جهله بالقراءة والكتابة لا أثر له على مسئوليته عن جريمتي إشتراكه في التزوير وتقليد الخاتم اللتين قارفهما . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٦ - تأثيم التزوير في المحرر الرسمى ولو كان المحرر باطلاً شكلاً .

(الطعن رقم ٤٢٢٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٧ - مجرد تغيير الحقيقة بطريق الغش فى الأوراق الرسمية بالوسائل التى نص عليها القانون يتحقق به تزويرها وينتج عنه حتمًا ضرر بالمصلحة العامة .

- الباعث على ارتكاب جريمة التزوير فى أوراق رسمية ليس ركنًا من أركانها .

(الطعن رقم ٤٢٢٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٨ - الدفع بتزوير الشيك . جوهرى . وجوب تمحيصه لتعلقه بتحقيق الدليل . القعود عن ذلك يعيب الحكم .

(الطعن رقم ٥٧٣٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

٩ - الطعن بالتزوير وسيلة دفاع . خضوعها لتقدير المحكمة . جد ذلك ؟

تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى . موضوعى المحكمة هى الخبير الأعلى فى كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها والاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها .

طلب التأجيل لاتخاذ إجراء . عدم التزام المحكمة بإجابته رهن بعدم الحاجة اليه .

(الطعن رقم ٥٧٣٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

التسبب بإهمال فى الحاق ضرر جسيم بأموال الجهة

١ - جريمة المادة ١١٦ مكررًا ب عقوبات . أركانها . خطأ . وضرر وجسيم ورابطة سببية بينهما .

- الخطأ الجسيم . يوفره الأهمال فى أداء الوظيفة والاخلال بواجباتها وإساءة استعمال السلطة .

- الخطأ الذى يقع من الأفراد عمومًا فى الجرائم غير العمدية . توافره بتصرف الشخص تصرفًا لا يتفق والحيطة التى تقضى بها ظروف الحياة العادية .

- الضرر فى جريمة المادة ١١٦ مكررا ب عقوبات ماهيته . شروطه ؟

(الطعن رقم ٢٧١٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٢ - تمسك الطاعن بأن فتح الاعتماد للعميل تم بموافقة اللجنة المختصة وأن حسابات العميل وقت منحه الاعتمادات كانت تسمح بذلك وأن ضرر البنك مرده هرب العميل إلى خارج البلاد . دفاع جوهرى التفات الحكم عنه . قصور واخلال بحق الدفاع . .

- إتصال وجه الطعن الذى بنى عليه النقض بالطاعن الثانى يوجب النقض والاحالة بالنسبة اليه أيضًا عملاً بالمادة ٤٢ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(الطعن رقم ٢٧١٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تعذيب

سكوت القانون عن تعريف معنى التعذيب البدنى وعدم اشتراطه له درجة معينة من الجسامة . تقدير توافره . موضوعى .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

تعويض

١ - الضرر المادى . تعريفه ؟

- الضرر الأدبى اتساعه لكل ما يصيب مصلحة غير مالية للمضرور . بيان ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - قضاء الحكم بعقوبة تدخل فى حدود

العقوبة المقررة لجنحة الضرب البسيط باستعمال أداة المؤثمة بالمادة ٢٤٢ - ١ ، ٣ من قانون العقوبات والتي لا يلزم لتوافرها حدوث جرح أو نشوء مرض أو عجز نتيجة له كفايته للحكم بالتعويض المؤقت . أساس ذلك ؟

جدل الطاعن بشأن التقارير الطبية وفساد استدلال الحكم بها على قيام رابطة السببية بين الضرب والعاهة . لا يجديه ما دامت العقوبة المقضي بها عليه تدخل في حدود عقوبة الضرب البسيط .

(الطعن رقم ٤٥٨٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

تفتيش

التفتيش بإذن : « إذن التفتيش . إصداره » :

الأصل في الإذن بالتفتيش أو تسجيل المحادثات أنه إجراء من إجراءات التحقيق . متى يصح إصداره ؟

(الطعن رقم ٣٥٥٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١١/١١)

ذكر الاختصاص المكاني مقرونًا باسم وكيل النيابة مصدر الاذن بالتفتيش . غير واجب .

(الطعن رقم ٣٨٨٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

- تقدير جدية التحريات منوط لسلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع .

صدور الاذن بالتفتيش استنادًا إلى ما جاء بالتحريات من اتجار المتهم بالمخدرات والاحتفاظ بها في سكنه وسيارته . الادعاء بأن الاذن صدر عن جريمة مستقبلة غير صحيح .

(الطعن رقم ٤٩٥٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار إذن التفتيش موضوعي .

(الطعن رقم ٦٢٦٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

« إذن التفتيش . تنفيذه » :

١ - صدور أمر بتفتيش شخص . لمأمور الضبط القضائي تنفيذه أينما وجده . ما دام في دائرة اختصاص مصدر الاذن ومنفذه .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - التفتيش المحظور قانونًا . ماهيته ؟

- دخول المنازل تعقبًا لشخص صدر أمر بالقبض عليه وتفتيشه لا بقصد تفتيشها . جائز .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

تقادم

- تحديد المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الاجراءات الجنائية للاجراءات التي تقطع التقادم .

سريان مدة تقادم جديدة من يوم انقطاعها وإذا تعددت الاجراءات التي تقطع التقادم . سريان تلك المدة من تاريخ آخر إجراء .

- مضي ثلاث سنوات من تاريخ التقرير بالاستئناف الي يوم نظره . دون اتخاذ أي إجراء قاطع للمدة . أثره . إنقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم .

(الطعن رقم ٣٢٢٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

تقرير التلخيص

١ - تقرير التلخيص . مشتملاته ؟

تقرير التلخيص من الاجراءات الجوهرية . عدم وضعه كتابة يعيب الحكم ويبطله . لا يغني عن ذلك قراءة أحد الأعضاء صفة المتهم ونص الحكم الابتدائي .

- عدم وجود تقرير تلخيص بأوراق الدعوى . مفاده . قعود المحكمة عن وضعه ولو

ورد في حكمها على إستيفائه . لو لم يجحد هذا البيان عن طريق الادعاء بالتزوير .

(الطعن رقم ٣٨٠٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)

٢ - وجوب وضع أحد أعضاء الدائرة المنوط الحكم بها الحكم في الاستئناف . تقرير متضمن ملخص وقائع الدعوى وظروفها والأدلة فيها والمسائل الفرعية التي رفعت والاجراءات التي تمت . المادة ٤١١ إجراءات .

- وجوب تلاوة تقرير التلخيص قبل أي إجراء آخر ولو كان قد سبق تلاوته إبان المحاكمة الغيابية وإلا كان الحكم باطلاً . أساس ذلك ؟

- المعارضة في الحكم الغيابي . تعيد القضية لحالتها الأولى . بالنسبة الى المعارضة . أثر ذلك ؟

إشارة الحكم الى تلاوة التقرير بعبارة غامضة . لا يبين فيها صفة من وضع التقرير وصفة من قام بتلاوته . لا تعصمه من البطلان .

مثال .

(الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

تقليد

- العبرة في جرائم التقليد بأوجه الشبه . لا بأوجه الخلاف .

- إغفال حكم الادانة في جريمة تقليد أختام . بيان ماهية الأختام الصحيحة والأختام المزورة . إكتفاء بما أورده من مغايرة الأحكام المبصوم بها على المحررات المضبوطة للأختام الصحيحة . قصور . علة ذلك ؟

- نظرية العقوبة المبررة . متى يمتنع تطبيقها ؟

(الطعن رقم ٣٨٩٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

تلبس

١ - سلطة مأموري الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر . القبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه . حقه في تفتيش المتهم كلما جاز القبض عليه قانونًا . أيًا كان سبب القبض أو الغرض منه المواد ٣٤ و ٣٥ و ٤٦ إجراءات .

- تفتيش المتهم قبل ايداعه سحبه القسم . صحيح .

- مثال لتسبيب سائغ في الرد على الدفع ببطلان التفتيش .

(الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٢ - التلبس حالة تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها .

- المادة ٣٤ إجراءات بعد تعديلها . لا تجيز القبض على المتهم إلا في أحوال التلبس .

- إثبات الحكم أن التفتيش الذي أجراه مأمور الجمرك كان نفاذًا لطلب ضابط مكافحة المخدرات . دون أن تقوم في نفسه هو فطنة التهريب . يعيبه .

(الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٣ - وجود مظاهر خارجية تنبيء عن ارتكاب جريمة . كفاية ذلك لقيام حالة التلبس - بصرف النظر عما يسفر عنه التحقيق أو المحاكمة .

(الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٤ - تقديم المتهم . طواعية واختيارًا قطعة من المخدر إلى الضابط والذي عليه شراءه . تتوافر به حال التلبس .

(الطعن رقم ٦٢٦٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٥ - تقدير توافر أو عدم توافر حالة التلبس موضوعى . ما دام سائغا .

(الطعن رقم ٦٢٦٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

تهريب جمركى

العقوبة المقررة لجريمة تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار أو الشروع أو على حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات والغرامة التى لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه .

(الطعن رقم ٥٦٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

حجز

١ - الحراسة في الحجز لا تنتهى إلا بانتهاء الحجز لأى سبب من الأسباب القانونية . كبيع الأشياء المحجوزة أو الحكم فى دعوى الاسترداد بملكية الأشياء المحجوزة للمسترد أو بحكم قاضى التنفيذ بناء على طلب الحارس . جنى المحصول ولو كان بأمر المحكمة . لا يترتب عليه انتهاء الحراسة . امتناع الحارس عن تقديم الشيء المحجوز عليه يوم البيع أو الارشاد عنه يكفى لاعتباره مبررًا .

(الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٣٠)

٢ - اعتبار الحجز كأن لم يكن بنص القانون دون حاجة إلى صدور حكم به إذا لم يتم البيع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعه دون وقف مبرر . المادة ٣٧٥ مرافعات .

- وجوب تمسك المدين باعتبار الحجز كأن لم يكن . باعتباره جزاء مقرر لمصلحته . وإلا سقط الحق فيه .

- الدفع باعتبار الحجز كأن لم يكن لعدم اتمام البيع خلال ثلاثة أشهر . جوهرى . وجوب تعرض المحكمة له اغفال ذلك . قصور .

- اثارة الدفاع أمام محكمة أول درجة . يصبح واقعًا مسطورًا بأوراق الدعـوى . مطروحًا على محكمة ثانى درجة .

(الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٦)

حجز شخص بدون وجه حق

جريمة حجز شخص بدون وجه حق . لا عبرة فيها بالباعث .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

جريمة

العبرة فى تحديد نوع الجريمة هو بمقدار العقوبة التى رصدها الشارع لها .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

جمارك

- حق موظفى الجمارك فى التفتيش داخل الدائرة الجمركية أو فى حدود دائرة الرقابة الجمركية . شرطه ؟

- عدم اشتراط توافر قيود القبض والتفتيش المنظمة بقانون الاجراءات الجنائية . حد ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

حكم

(أ) إصداره :

١ - النطق بالحكم تخرج به الدعوى عن حوزة المحكمة . يمتنع معه عليها العدول عنه ولو كان باطلاً أو مبنيًا على إجراء باطل . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٢ - النطق بالحكم . وجوب تمامه بحضور القضاة الذين اشتركوا فى المداولة . حصول مانع

لدى أحدهم . وجوب توقيعه مسودة الحكم . مخالفة ذلك . أثره . بطلان الحكم .

– مثال .

(الطعن رقم ٣٧٧٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

() بيانات الديباجة :

– خلو الحكم من تاريخ إصداره يبطله . أساس ذلك ؟

– تأييد الحكم المطعون فيه للحكم الابتدائي الباطل . استطالة البطلان اليه . لا يغير من ذلك اشتمال محضر الجلسة على هذا البيان .

(الطعن رقم ٦١٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

(جـ) بيانات التسبيب :

١ – عدم رسم القانون شكلاً خاصًا يصوغ فيه الحكم بيان الواقعة .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ – وجوب استكمال الحكم بذاته شروط صحته ومقومات وجوده . عدم جواز تكملة ما نقص فيه من بيانات جوهرية بأى دليل غير مستمد منه أو بأى طريق من طرق الاثبات .

(الطعن رقم ٦١٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

(د) بيانات حكم الادانة :

١ – الحكم بالادانة . وجوب اشتمال حكم الادانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التى وقعت فيها والأدلة التى استخلصت منها المحكمة الادانة . المادة ٣١٠ إجراءات .

– مناط التأثيم فى جريمة حيازة أو استعمال آلات رفع المياه مقصور على حيازتها أو استعمالها داخل أو على شاطىء البحيرات . أساس ذلك . المادة ١٣ من القانون ١٢٤ لسنة ١٩٨٣ .

– عدم بيان الحكم المكان التى ضبطت بها آلة الضخ . قصور .

(الطعن رقم ٥٥٦٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٢ – بيانات حكم الادانة . المادة ٣١٠ إجراءات إشارة الحكم الى رقم القانون الذى طلبت النيابة تطبيقه . لا يغنى عن ذكر مواد القانون .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

٣ – حكم الادانة . وجوب تبيانه مضمون كل دليل من أدلة الثبوت وذكر مؤداه وإلا كان باطلاً .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(هـ) ما لا يعيب الحكم فى نطاق التسبيب :

١ – الخطأ فى الاسناد لا يعيب الحكم ما لم يتناول من الأدلة ما يؤثر فى عقيدة المحكمة .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٢ – حرية القاضى الجنائي فى تكوين اقتناعه من أى دليل له مأخذه فى الأوراق . تزيد الحكم فيما لم يكن بحاجة اليه . لا يعيبه .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٣ – عدم التزام المحكمة بالرد على كل دليل . عند القضاء بالبراءة ورفض الدعوى المدنية .

(الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٤ – تناقض رواية الشهود فى بعض تفاصيلها لا يعيب الحكم متى استخلص الادانة منها بما لا تناقض فيه .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - الخطأ فى الاسناد لا يؤثر فى منطق الحكم . لا يعيبه . مثال .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٦ - المحكمة غير ملزمة بالتحدث فى حكمها . إلا عن الأدلة ذات الأثر فى تكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٥٦٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

٧ - اختلاس . تزوير أوراق رسمية ، موانع العقاب . عقوبة « الاعفاء منها » .

- إنطواء الحكم على تقريرات قانونية خاطئة . لا يعيبه . حد ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٧٧٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

(و) « تسبيبه تسبيب معيب » :

١ - تجهيل الحكم . لأدلة الثبوت فى الدعوى . غير جائز . عدم بيان الحكم لمضمون السند المتخذ كدليل على التبديد . يعيب الحكم بالقصور .

(الطعن رقم ٣٦٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/١٨)

٢ - وجوب إقامة أحكام الادانة فى المواد الجنائية على الجزم واليقين .

(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٧)

٣ - إستناد القاضى الجنائى فى ثبوت الحقائق القانونية الى الدليل الذى يقتنع به وحده . عدم جواز تأسيس حكم على رأى غيره . مثال .

- للمحكمة التعويل فى تكوين عقيدتها على التحريات باعتبارها مقررة لما ساقته من أدلة التحريات لا تصلح وحدها لأن تكون قرينة معينة أو دليلاً أساسيًا على ثبوت الجريمة .

- استناد الحكم على عقيدة جعلها الشاهد من تحريه لا على عقيدة استقلت المحكمة بتحصيلها بنفسها قصورًا يعيبه .

(الطعن رقم ٢٤٢١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٤ - بيانات حكم الادانة ؟ المادة ٣١٠ إجراءات .

- إغفال حكم الادانة إيراد مضمون الأدلة التى استند اليها فى قضائه . قصور .

القصور له الصدارة على وجوه الطعن المتعلقة بمخالفة القانون .

(الطعن رقم ١٣٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - إقامة الحكم قضاءه على ما ليس له أصل فى الأوراق . يبطله .

- مثال .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٦ - وجوب بناء الأحكام فى المواد الجنائية على الجزم واليقين .

بيانات حكم الادانة ؟ المقصود من عبارة « بيان الواقعة الواردة بالمادة ٣١٠ إجراءات ؟ » .

افراغ الحكم فى عبارات عامة معماه أو وضعه فى صورة مجملة لا يحقق غرض الشارع من استيجاب تسبيب الأحكام .

(الطعن رقم ٥٩٧٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٧ - إحالة الحكم المطعون فيه الى حكم سبق نقضه سواء فى تحصيله وقائع الدعوى أو فى أسبابه يعيبه . علة ذلك ؟

- اتصال وجه النعى بغير الطاعن يوجب النقض بالنسبة لهم أيضًا . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٦٠٦٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

٨ - تصريح الحكم فى أسبابه بوقف تنفيذ عقوبة الحبس المقضى بها على الطاعن وقضاؤه

بعقوبة الغرامة فى المنطوق . تخاذل .
(الطعن رقم ٧٤٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

٩ – تبديد منقولات زوجية – تبديد محجوزات .

– وجوب بناء الأحكام على أسس صحيحة من أوراق الدعوى وعناصرها استنادًا للحكم الى واقعة لا أصل لها فى التحقيقات . يعيبه .

– تقديم الطاعن للمحاكمة عن تهمة تبديد منقولات مسلمة اليه على سبيل عارية الاستعمال فى حين جرت إدانته بجريمة تبديد منقولات محجوز عليها .

– مفادة خلو الحكم من بيان الأسباب المستوجبة للعقوبة . أثر ذلك ؟
(الطعن رقم ٤٢٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

١٠ – استدلال الحكم بالادانة فى جريمة نقل مخدر بقصد الاتجار على كبر الكمية المضبوطة وما قرره شاهد الاثبات دون بيان ما إذا كان الطاعن ينقل تلك المواد بقصد الاتجار أو بغير ذلك . قصور .
(الطعن رقم ٦١٩١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

(ح) تسبيبه . تسبيب غير معيب :

١ – لا يعيب الحكم اغفاله الرد على دفع ظاهر البطلان وبعيد عن محجة الصواب .
(الطعن رقم ٦٨٤٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

٢ – ايراد الحكم ما أثاره الدفاع عن الطاعن من وجود تناقض بين الدليلين القولى والفنى غير لازم ما دام ما أورده فى مدوناته يتضمن الرد على ذلك الدفاع .

– عدم التزام المكمة بمتابعة المتهم ومناحى دفاعه المختلفة والرد عليها على استقلال . أساس ذلك ؟
(الطعن رقم ٣٠٤٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

٣ – يحق الدفاع . ما لا يوفره . نقض « أسباب الطعن . ما لا يقبل منها » .

حسب الحكم ايراد الأدلة المنتجة والتى تحمل قضاءه . تعقب المتهم فى كل جزئية من دفاعه . غير لازم . الجدل فى سلطة محكمة الموضوع . عدم قبوله أمام النقض .
(الطعن رقم ٣٦٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٦)

٤ – تناقض أقوال الشهود لا يعيب الحكم ما دام قد استخلص الادانة من أقوالهم إستخلاصًا سائغًا لا تناقض فيه .

الجدل الموضوعى فى تقديم الدليل . لا يجوز أمام النقض .
(الطعن رقم ٢٧٩٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٧)

– إسناد الحكم للطاعن وحده ارتكابه الجريمة على خلاف أمر الاحالة من ارتكابه الجريمة مع آخر – قضى ببراءته . لا يعيبه . علة ذلك ؟
(الطعن رقم ٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٦ – عدم تقرير القانون شكلاً خاصًا لصياغة الحكم . كفاية أن يكون مجموع ما أورده الحكم مؤديًا الى الواقعة بأركانها وظروفها .
(الطعن رقم ٢١٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٧ – كفاية ايراد الحكم الأدلة المنتسبة التى صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المسندة الى المتهم كى يتم تدليله ويستقيم قضاؤه . تعقب كل جزئية من جزئيات دفاع المتهم لا يلزم مفاد التفاته عنها إن أطرحها .
(الطعن رقم ٢١٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٨ – تطابق أقوال الشهود ومضمون الدليل الفنى . غير لازم . كفاية أن يكون جماع الدليل القولى كما أخذت به المحكمة غير متناقض مع

الدليل الفنى تناقضًا يستعصى على الملاءمة والتوفيق .

(الطعن رقم ٢٤١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٩ - خطأ الحكم فى تسمية أقوال المتهم إعترافًا . لا يعيبه طالما لم يرتب عليها وحدها الأثر القانونى للاعتراف .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

١٠ - عدم التزام المحكمة بالرد صراحة على أوجه الدفاع الموضوعية استفادة ذلك من الحكم بالادانة . مثال .

(الطعن رقم ٥٦٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

١١ - عدم تقرير القانون شكلاً خاصًا لصياغة الحكم . كفاية أن يكون مجموع ما أورده الحكم مؤديًا الى الواقعة بأركانها وظروفها .

(الطعن رقم ٥٦٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

(ط) حجية الحكم :

الحجية لا ترد إلا على المنطوق . شرط امتداد أثرها الى الأسباب ؟

ما تستنتجه المحكمة من واقعة مطروحة عليها . عدم حيازته حجية أمام محكمة أخرى . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٦٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٦٨/٩/٢٦)

(ى) تصحيح الحكم :

- الأصل أن الغاء الحكم أو تعديله . بالطعن عليه بالطرق المقررة قانونًا .

- سلطة المحكمة فى تصحيح ما يقع فى حكمها من خطأ . مقصورة على الأخطاء المادية البحتة كتابية أو حسابية . تجاوز هذا النطاق . جواز الطعن فى قرار التصحيح بالطرق المقررة للطعن . المادة ١٩١ مرافعات .

- الأخطاء غير المادية . عدم جواز الرجوع فى شأنها إلى ذات المحكمة التى أصدرت الحكم . أساس ذلك ؟

- الحالات التى يجوز فيها للمحكمة العدول عن حكمها ؟ المواد ٢٤٢ إجراءات و ٨٦ و ٩٩ و ١٠٤ مرافعات و ٩ من قانون الاثبات .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

خطف

- ابعاد الأنثى عن مكان خطفها باستعمال طرق احتيالية أو أية وسيلة من شأنها سلب ارادتها وحملها على موافقة الجانى لها . كفايته لتحقق جريمة المادة ٢٩٠ عقوبات .

- مساواة القانون بين الفاعل والشريك فى تلك الجريمة . اعتبار المتهم فاعلاً أصليًا فيها سواء ارتكبها بنفسه أو بوساطة غيره . ما دام قد ثبت مساهمته فيها .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

خلو رجل

- القواعد المتعلقة بالاختصاص فى المواد الجنائية من النظام العام . مؤدى ذلك ؟

- صدور حكم من محكمة عادية عن جريمة تقاضى خلو رجل فى ظل القانون ١٠٥ لسنة ١٠٨ بشأن اختصاص محاكم أمن الدولة دون سواها لتلك الجريمة مخالف للقانون لصدوره من محكمة غير مختصة .

(الطعن رقم ٣١١٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

خيانة أمانة

جريمة خيانة الأمانة . يشترط لقيامها أن يكون التسليم بمقتضى عقد من عقود الائتمان الواردة المبينة بالمادة ٣٤١ عقوبات . العبرة فى

ثبوت قيام عقد منها . هي بحقيقة الواقع .
(الطعن رقم ٥٣٧٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

دخول عقار بقصد منع حيازته بالقوة

– وجوب أن يكون قصد المتهم من دخول العقار هو منع واضع اليد بالقوة من الحيازة . المادة ٣٦٩ عقوبات . القوة في هذه الجريمة هي ما يقع على الأشخاص لا على الأشياء . مثال .

– عدم استظهار الحكم أركان كل من الجريمتين المنصوص عليهما في المادتين ٣٦٩ ، ٣٧٣ عقوبات وغموضه في بيان ماهية الجريمة التي دان الطاعن بها يعيبه بالابهام والقصور ؟
(الطعن رقم ٥٥٦٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

دعوى جنائية

(أ) تحريكها :

١ – عدم تحريك الدعوى الجنائية وانعقاد الخصومة فيها الا بتحقيق النيابة أو من تنتدبه لهذا الغرض أو رفع الدعوى الى قضاء الحكم .
(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

٢ – ايجاب صدور طلب من الوزير المختص أو من ينيبه لتحريك الدعوى الجنائية في الجرائم المؤثمة بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ قيد على حرية النيابة كسلطة تحقيق دون غيرها من جهات الاستدلال .
(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

٣ – إجراءات الاستدلال ولو في حالة التلبس لا تعتبر من إجراءات الخصومة الجنائية . ولا يرد عليها قيد الشارع في توقفها على الطلب أو الاذن .
(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

٤ – عدم جواز محاكمة مرتكب جريمة سرقة إضرارًا بزوجه أو أصوله أو فروعه الا بناء على طلب المجنى عليه لهذا الأخير التنازل عن دعواه في أية حالة كانت عليها . وأن يقف تنفيذ الحكم على الجاني في أي وقت شاء . المادة ٣١٢ عقوبات .

– القيد الوارد على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في جريمة السرقة . علته ؟ . امتداد ذلك إلى جرائم النصب وخيانة الأمانة .

– التفات الحكم بالادانة في جريمة تبديد منقولات الزوجية من المخالصة المقدمة من الطاعن المنسوبة لزوجته . قصور .
(الطعن رقم ٥٥٤٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٥ – تحريك الدعوى الجنائية أو إتخاذ أية إجراءات في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام القانون ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ دون طلب . غير جائز . المادة ٢٢ من القانون ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ .

– أغفال النص في الحكم على صدور هذا الطلب . يبطله لا يغني عن ذلك . ثبوت صدور هذا الطلب بالفعل .
(الطعن رقم ٦٠١٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٩)

٦ – الاجراء المنصوص عليه في المادة ٢/١٤ من القانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ في حقيقته طلب . يتوقف قبول الدعوى الجنائية على صدوره من الجهة المختصة . إغفال النص في الحكم على صدوره يبطله . لا يغني عن ذلك ثبوت صدوره بالفعل .
(الطعن رقم ٧٢٢٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٩)

(ب) انقضاؤها بمضى المدة :

١ - إجراءات التحقيق أو الاتهـام أو المحاكمة . تقطع التقادم ولو أجريت فى مواجهة المتهم أو فى غيبته . المادتان ١٧ ، ١٨ إجراءات جنائية .

انقطاع التقادم عينى الأثر . مؤدى ذلك . امتداد أثره الى جميع المتهمين فى الدعوى ولو لم يكونوا طرفًا فى تلك الاجراءات .

(الطعن رقم ٦٨٤٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

٢ - الدفاع بانقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة . متعلق بالنظام العام . وجوب تعرض المحكمة له ايرادًا وردًا .

عدم ايراد الحكم الابتدائى لهذا الدفع والرد عليه . بطلانه .

(الطعن رقم ٣٦٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/١٨)

٣ - انقضاء الدعوى الجنائية فى مواد الجنح بمضى ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة . الاجراءات القاطعة للتقادم ؟

- مضى مدة تزيد على ثلاث سنوات من تاريخ التقرير بالاستئناف الى يوم نظره دون اتخاذ إجراء من الاجراءات القاطعة للمدة . أثره . انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة .

- الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم . جواز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . شرط ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٢٢٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

(جـ) انقضاؤها بوفاة المتهم :

- انقضاء الدعوى الجنائية بوفاة المتهم . المادة ١٤ إجراءات .

- صدور حكم باعتبار الحكم الغيابى قائمًا بعد وفاة المتهم خطأ فى القانون . يوجب النقض والتصحيح والقضاء بإنقضاء الدعوى الجنائية .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

(د) مصروفاتها :

١ - من لم يكن طرفًا فى الخصومة . لا يحكم عليه بمصاريف الدعوى .

- تدخل المسئول عن الحقوق المدنية إنضماميًا . لا يضفى عليه صفة الخصم فى الدعوى الجنائية . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - الزام المسئول عن الحقوق المدنية بالمصاريف الجنائية والتضامن مع المتهم . مقصور على أن تكون النيابة العامة قد أدخلته للحكم عليه بها . أساس ذلك ؟

- مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر . خطأ فى القانون يوجب التصحيح .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

دعوى مباشرة

- الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية . جوهرى . وجوب تعرض المحكمة له .

- عدم قبول الدعوى المقامة بالطريق المباشر مع الدعوى الجنائية . يوجب عدم قبـول الأخيرة .

إغفال الحكم التعرض للدفع بعدم قبول الدعوى المدنية . قصور .

(الطعن رقم ٥٢٥٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

دعوى مدنية

١ - إختصاص المحاكم المدنية أصلاً بنظر دعوى التعويض الناشئة عن الجريمة . يجوز

للمضرور رفعها أمام المحاكم الجنائيـة . إستثناء .

– سلوك المضرور الطريق الاستثنائى ثم عدوله عنه . أثره . عدم جواز العودة اليه مرة أخرى . مخالفة ذلك خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١/٥)

٢ – على الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية الفصل فى التعويضات المطلوبة من المدعى بالحقوق المدنية فى دعواه المرفوعة بطريق التبعية للدعوى الجنائيـة . المـادة ٣٠٩ إجراءات .

– للمدعى بالحقوق المدنية الرجوع الى ذات المحكمة إذا أغفلت الفصل فى التعويضات . المادة ١٩٣ مرافعات .

– عدم جواز الطعن بالنقض المقدم من المدعى بالحقوق المدنية فى الحكم الذى أغفل الفصل فى الدعوى المدنية . علة ذلك ؟

الطعن بالنقض لا يجوز إلا فيما فصلت فيه محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ٢٧٩٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٧)

٣ – طعن المدعى بالحقوق المدنية على الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية بأسباب خاصة بهذه الدعوى . لا يقبل .

– مثال .

(الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٤ – انفتاح الطعن بطريق النقض . مناطـه صدور حكم منه للخصومة فى موضوع الدعوى .

– إغفال الفصل فى الدعوى المدنية المقامة من المدعى بالحقوق المدنية . سبيل السير فيه . اعادة طرح الأمر على محكمة الموضوع . المادة ١٩٣ مرافعات . مؤدى ذلك ؟

(الطعن رقم ٨٤٢٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

٥ – خضوع الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء الجنائى للقواعد الواردة فى مجموعة الاجراءات الجنائية . ما دام يوجد بها نصوص خاصة تتعارض مع ما يقابلها فى قانون المرافعات . عدم وجود نص خاص فى قانون الاجراءات الجنائية لا يحول دون اعمال القواعد العامة فى قانون المرافعات . المادة ٢٦٦ إجراءات .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٦ – للمدعى بالحقوق المدنية إذ ترك دعواه المرفوعة أمام المحاكم الجنائية أن يرفعها أمام المحاكم المدنية . ما لم يكن قد صرح بترك الحق . أساس ومؤدى ذلك ؟

– ترك المدعى بالحقوق المدنية لدعواه المدنية المرفوعة أمام المحكمة الجنائية يعد إسقاطًا تتحقق آثاره بمجرد صدور الحكم به . عدم جواز عودته لتجديدها مرة أخرى أمام المحكمة الجنائية . حقه اللجوء الى المحكمة المدنية ما لم يكن قد صرح بترك الحق المرفوع به الدعوى . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١/٥)

دفاع

(أ) الاخلال بحق الدفاع – ما يوفره :

١ – الدفاع المسطور بأوراق الدعوى يكون قائماً مطروحاً على المحكمة عند نظر الاستئناف . وجوب تعرضها له وإلا كان حكمها باطلاً .

(الطعن رقم ٣٦٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/١٨)

٢ – طلب الدفاع فى ختام مرافعته أصليًا

البراءة واحتياطيًا التأجيل لسماع شهود الاثبات . متى يعد طلبه الاحتياطى طلبًا جازمًا إذا لم تنته المحكمة الى القضاء بالبراءة . حد ذلك ؟

– تساند الأدلة فى المواد الجنائية .

(الطعن رقم ٢٧٢٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٣ – الدفاع الصادر من المتهم أو المدافع عنه . وحدة عدم جواز الالتفات عن أيهما متى كان هامًا ومؤثرًا فى منطق الدفاع دون مبرر .

(الطعن رقم ٣٨٥٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٦)

٤ – اشارة الحكم الى المستندات التى قدمها الطاعن تمسكًا بدلالتها على انتفاء الجريمة المسندة اليه . التفاته عنها وعدم بحثها . قصور .

(الطعن رقم ٢٧٧٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٥ – دفاع المتهم بأن العلامتين التجاريتين المدعى بتزويرهما واستعمالهما مملوكتين لشركته ومسجلتين باسمها جوهى . وجوب تحقيقه . بلوغًا الى غاية الأمر فيه . اغفال ذلك . قصور .

(الطعن رقم ٢٧٧٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٦ – الدفع بتزوير الشيك . جوهرى . وجوب تمحيصه لتعلقه بتحقيق الدليل .

– التفات المحكمة عن ذلك دون بيان العلة . يعيب الحكم ؟

(الطعن رقم ٥٨٤٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٧ – منازعة الطاعنة فى قيمة التشطيبات التى أجراها المستأجر والتى اعتبرها الحكم من عناصر احتساب قيمة مقدم الايجار الذى حصلت عليه – دفاع جوهرى يتعين على المحكمة تحقيقه بلوغًا الى غاية الأمر فيه والرد عليه بما يدفعه .

اعراض الحكم عن هذا الدفاع ايرادًا أو ردًا عليه . قصور والاخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٨ – دفاع الطاعن بأن لم يجرف الأرض الزراعية بل قام بتسويتها وتقديم شهادة تفيد ذلك . دفاع جوهرى . عدم تمحيصه . قصور .

(الطعن رقم ٤٢٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

٩ – الدفاع الجوهرى . على المحكمة أن تعرض له استقلالاً كشفًا لمدى صدقه أو ترد عليه بما يدفعه . امساكها عن ذلك . قصور .

– مثال .

(الطعن رقم ٦٠٥٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

(ب) ما لا يوفره :

١ – عدم التزام المحكمة بمتابعة المتهم فى مناص دفاعه الموضوعى .

– كفاية الاستناد إلى أدلة الثبوت ردًا على هذا الدفاع . مثال .

(الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢١)

٢ – طلب الدفاع غير المنتج فى الدعوى . لا تثريب على المحكمة إن هى لم تحققه .

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

٣ – عدم التزام المحكمة بالرد على أوجه الدفاع الموضوعية إستفادة الرد دلالة من أدلة الثبوت التى أوردتها فى حكمها .

(الطعن رقم ٣٧٥٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

٤ – عدم التزام المحكمة بأن تتبع المتهم فى مناص دفاعه المختلفة والرد على كل شبهة يثيرها . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٥ – خلو محضر الجلسة من اثبات دفاع

الخصم كاملاً لا يعيب الحكم.

للخصم أن يطلب صراحة تدوين دفاعه فى المحضر فإن ادعى أن المحكمة صادرت حقه فى الدفاع قبل قفل باب المرافعة عليه أن يقدم الدليل على ذلك ويسجل هذه المخالفة فى طلب مكتوب قبل الحكم . إغفال ذلك . أثره . عدم جواز المحاجة به أمام النقض .

(الطعن رقم ٤٥٨٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٦ - الطلب الذى تلتزم المحكمة بإجابته أو الرد عليه . ماهيته ؟

- حق المحكمة فى عدم إجابة المتهم الى طلب سماع شهود النفى ما لم يسلك السبيل الذى رسمه قانون الاجراءات الجنائية فى المادة ٢١٤ مكرر ١/أ .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٧ - طلب ضم قضية بقصد إثارة الشبهة فى أدلة الثبوت التى اطمأنت اليها المحكمة . عدم التزام المحكة بإجابته . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٨ - لا على الحكم اغفاله الرد على دفاع قانونى ظاهر البطلان . مثال فى جريمة تبوير أرض زراعية .

(الطعن رقم ٣٤٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٩ - محكمة الموضوع غير ملزمة بتعقب المتهم فى كل جزئية من جزئيات دفاعه الموضوعى للرد عليه إستقلالاً . قضائها بالادانة مفاده . إطراحها له .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

دفوع

(أ) الدفع ببطلان التفتيش :

١ - الدفع ببطلان إذن التفتيش أو التسجيل لعدم جدية التحريات . جوهرى على المحكمة التعرض له . الاستناد فى رفضه إلى أن الضبط دليل جدية التحريات . قصور وفساد فى الاستدلال . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٥٥٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١١/١١)

٢ - الدفع بصدور الاذن بالتفتيش بعد الضبط موضوعى . إطمئنان المحكمة الى دفوع الضبط بناء على الاذن . كفايته ردًا عليه .

(الطعن رقم ١٤٨٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)

٣ - الدفع ببطلان التفتيش . شرع للمحافظة على حرمة المكان .

- التمسك ببطلان تفتيش سيارة . لا يقبل من غير حائزها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(ب) الدفع بتعذر الرؤية :

الدفاع المبنى على تعذر الرؤية . موضوعى . الأخذ بأدلة الثبوت فى الدعوى . كفاينه ردًا عليه .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

(جـ) الدفع بتلفيق التهمة :

١ - الدفع بتلفيق التهمة . موضوعى . لا يتوجبه ردًا صريحًا ما دام الرد مستفادًا ضمنًا من القضاء بالادانة .

(الطعن رقم ٣١١٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

٢ - الدفع بتلفيق التهمة . موضوعى . استفادة الرد عليه من أدلة الثبوت التى أوردها الحكم .

- عدم التزام محكمة الموضوع بمتابعة المتهم فى مناص دفاعه . كفاية قضائها بالادانة ردًا عليه .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(٤) الدفع بشيوع التهمة :

- الدفع بشيوع التهمة . موضوعى . لا يستلزم ردًا خاصًا .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

رشـــــوة

١ - توافر قيام جريمة الرشوة من جانب الموظف ولو كان غير مختص بجميع العمل المتعلق بالرشوة . كفاية أن يكون له فيه نصيب من الاختصاص يسمح له بتنفيذ الغرض منها .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٢ - القصد الجنائى فى جريمتى الارتشاء وعرض رشوة . متى يتوافر ؟

- عدم تحدث الحكم استقلالاً عن ركن القصد الجنائى . لا يعيبه . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٣ - جريمة الرشوة . تمامها بمجرد طلب الرشوة من جانب الموظف والقبول من جانب الراشى . تسليم مبلغ الرشوة - من بعد - ليس إلا نتيجة الاتفاق .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٤ - الاخلال بواجبات الوظيفة فى مفهوم المادة ١٠٤ عقوبات ذات مدلول أوسع من أعمال الوظيفة . شمولها أمانة الوظيفة ذاتها .

(الطعن رقم ٤٩٥٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

٥ - عقوبة الغرامة المنصوص عليها فى المادة ١٠٩ عقوبات . لجريمة عرض الرشوة ليست من الغرامات النسبية . وجوب الحكم بها على كل متهم دين بها . اغفال الحكم بها . خطأ فى القانون . يوجب النقض والتصحيح .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

٦ - جزاء المصادرة المنصوص عليها فى المادة ١١٠ عقوبات . طبيعته . عقوبة وجوب توقيعها على من يثبت مقارفته الجريمة فاعلاً كان أو شريكًا .

- وجوب تفسير نص المادة ١١٠ عقوبات على هدى نص المادة ٣٠ من ذات القانون .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

٧ - صحة الحكم بالمصادرة طبقًا للمادة ١١٠ عقوبات . رهينة يكون موضوعها شيئًا دفعه من تصدق عليه صفة الراشى أو الوسيط فى جريمة الرشوة .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

٨ - جريمة الرشوة . عدم قيامها الا بانعقاد الاتفاق غير المشروع بين الراشى والمرتشى أو الوسيط .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

٩ - مجرد عرض الرشوة من جانب صاحب الحاجة أو وسيطه . عدم كفايته لوقوع الرشوة . اعتباره جريمة خاصة لها ذاتيتها . لا يمتد اليها حكم المصادرة المقررة كعقوبة تكميلية الى جريمة الرشوة . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ١٩٤١ لسمو ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

رقابة إدارية

١ - القرار الجمهورى ٣٣٧ لسنة ١٩٨٠ الصادر بالغاء الرقابة الادارية . طبيعته ؟

- السلطات المخولة لرئيس الجمهورية . بمقتضى المادتين ١٠٨ ، ١٤٦ من الدستور . ماهيتها ؟

(الطعن رقم ٤٥٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٧)

٢ - عدم الغاء التشريع الا بتشريع لاحق أعلى منه أو مساو له فى مدارج التشريع .

- الالغاء الصريح والضمنى للقانون ؟

- إصدار رئيس الجمهورية قرارًا جمهوريًا بابقاء هيئة الرقابة الادارية . رغم انشائها بقانون اعتباره معدوم . الأثر . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٥٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٧)

٣ - اختصاص الرقابة الادارية بالكشف عن المخالفات الادارية والمالية والجرائم التى تقع من العاملين - عدم اقتصاره على الموظفين بالمعنى المفهوم فى فقه القانون . انبساطه ليشمل العاملين فى جميع الجهات والأجهزة المنصوص عليها فى المادة الرابعة من القانون ٥٤ لسنة ١٩٦٤ .

- خبراء الجدول بالمحاكم - اعتبارهم فى حكم الموظفين العموميين فى نطاق جريمة الرشوة .

(الطعن رقم ٤٥٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٧)

سب وقذف

١ - ركن العلانية فى جريمة القذف . مناط توافره . أن يكون الجانى قد قصد إذاعة ما أسنده الى المجنى عليه .

(الطعن رقم ٥٧١٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٢ - مجرد تقديم شكوى الى جهة الاختصاص فى حق شخص واسناد وقائع معينة اليه . لا يعد قذفًا معاقبًا عليه . ما دام أن القصد منه لم يكن إلا التبليغ غن هذه الوقائع لا مجرد التشهير للنيل منه .

(الطعن رقم ٥٧١٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٣ - المرجع فى تعرف حقيقة ألفاظ السب أو القذف هو ما يطمئن اليه القاضى فى تحصيله لفهم الواقع فى الدعوى . حد ذلك . أن لا يخطىء فى التطبيق القانونى على الواقعة كما صار اثباتها بالحكم أو بمسخ دلالة الألفاظ بما يحيلها عن معناها .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٤ - تحرى معنى اللفظ . تكييف قانونى . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

سبق اصرار

ثبوت سبق الاصرار فى حق المتهمين . يستلزم بالضرورة توافر الاشتراك بالاتفاق بالنسبة لمن لم يقارف الجريمة منهم .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

سرقة

١ - العقوبة المقررة لجريمة الشروع فى سرقة المؤثمة بالمادة ٣٢١ عقوبات هى الحبس مع الشغل لمدة لا تجاوز نصف الحد الأقصى المقرر فى القانون للجريمة لو تمت فعلاً . فى حين أن العقوبة المقررة لجريمة السرقة التامة المنصوص عليها فى المادة ٣١٨ من القانون ذاته هى الحبس مع الشغل مدة لا تجاوز سنتين .

توقيع عقوبة الغرامة على الشروع فى السرقة . خطأ فى القانون . إتصال الخطأ بتقدير العقوبة . يوجب النقض والاعادة . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣١٠٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

٢ - استظهار الحكم حصول الشروع فى السرقة فى طريق عام من إحدى وسائل النقل البرية من شخصين يحملان سلاحًا . ومعاقبتهما بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة . لا جدوى من النعى عليه بشأن ركن الاكراه فى السرقة .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٣ - تحقق الاكراه فى السرقة بكل وسيلة قهرية تقع على الأشخاص لتعطيل المقاومة أو إعدامها تسهيلاً للسرقة يصح أن تكون بالوسائل المادية التى تقع مباشرة على الجسم أو بالتهديد باستعمال السلاح .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٤ - حصول الاكراه عقب الاختلاس مباشرة . للنجاة بالشىء المختلس . يتحقق به ركن الاكراه فى السرقة .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٥ - تحدث الحكم عن ركن الاكراه فى السرقة استقلالاً غير لازم ما دامت مدوناته تكشف عنه وعن وقوع السرقة ترتيبًا عليه .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٦ - استظهار الحكم أن أحد الجناة كان يحمل سلاحًا وقت ارتكابه جريمة السرقة بعرف حامل السلاح أم لم يعرف - كفايته لتوافر ظروف حمل السلاح فى جريمة السرقة .

- حمل السلاح فى السرقة . ظرف مادى متصل بالفعل الاجرامى يسرى على كل من قارف الجريمة فاعلاً كان أو شريكًا ولو لم يعلم به .

(الطعن رقم ٤٢٢٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٧ - جريمة أركانها « نقض » أسباب الطعن . ما لا يقبل منها .

- إثبات الحكم تعدد الجناة وقوع الجريمة فى إحدى وسائل النقل البرية مع حمل سلاح . كفايته لتحقيق الجناية المنصوص عليها فى المادة ٣١ أولا من قانون الإجراءات .

- الجدل الموضوعى فى سلطة المحكمة فى وزن عناصر الدعوى لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٢٢٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٨ - تحقق الظرف المشدد فى جريمة السرقة لمجرد حمل المتهم سلاحًا بطبيعته ولو كان المتهم لم يقصد من حمله الاستعانة به أو استخدامه فى الجريمة . علة ذلك ؟ مجرد حمل السلاح يلقى الرعب فى نفس المجنى عليه .

(الطعن رقم ٤٢٣٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٩ - حمل السلاح فى السرقة من الظروف المادية العينية المتصلة بالجريمة . سريان حكمها على كل من أسهم فيها فاعلاً كان أو شريكًا ولو لم يعلم به .

(الطعن رقم ٤٢٣٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

١٠ - حمل السلاح فى السرقة . ظرف عينى . سريان حكمه فى حق مرتكبيها فاعلين كانوا أم شركاء . ولو كان حامله مجهولاً بينهم .

(الطعن رقم ٦١٨٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

سلاح

١ - إحراز مطواه قرن غزال . مؤثم . أساس ذلك ؟

- التمييز بين الأسلحة الواردة بالجدول المذكور - جدول الأسلحة البيضاء - وغيرها ليس من المسائل الفنية البحتة التى توجب الاستعانة بأهل الخبرة .

(الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

٢ - جريمة حيازة أو إحراز الأسلحة البيضاء عدا البلط والسكاكين . يكفى لتحققها مجرد الحيازة المادية للسلاح أيًا كان الباعث عليها .

- دفاع الطاعن بأنه كان يحمل المطواة قرن

الغزال لاستخدامها فى عمله . دفاع قانونى ظاهر البطلان . التفات الحكم عنه . لا عيب .

(الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠) .

شهادة مرضية

الشهادة المرضية دليل من أدلة الدعوى . خضوعها لتقدير المحكمة كسائر الأدلة . وجوب أن تبنى رأيها فيها على أسباب سائغة تؤدى إلى ما رتبته عليها .

(الطعن رقم ٣٨٥٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٦)

شيك بدون رصيد

١ - للساحب طبقًا لنص المادتين ٦٠ عقوبات ، ١٤٨ من قانون التجارة أن يتخذ فى حالات ضياع الشيك أو سرقة أو الحصول عليه بطريق التهديد أو النصب أو تبديده من الاجراءات ما يصون ماله . مناط ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٢)

٢ - جريمة إعطاء شيك بدون رصيد . تتحقق بمجرد إعطاء الساحب الشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب فى تاريخ الاستحقاق . علة ذلك ؟

لا عبرة فى قيام جريمة إعطاء شيك بدون رصيد أن يكون تاريخ إستحقاق الشيك مغايرًا لتاريخ إصداره الحقيقى طالما لا يحمل إلا تاريخًا واحدًا .

(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٢)

٣ - كفاية أن يكون الشيك موقعًا من الساحب ولو لم يكن هو محرر بياناته .

(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٢)

٤ - توقيع الساحب على بياض . لا يؤثر على سلامة الشيك متى كان مستوفيًا بياناته قبل تقديمه للصرف .

(الطعن رقم ٣٣٩١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

٥ - إصدار شيك على بياض . مفاده تفويض المستفيد فى تحرير بياناته .

(الطعن رقم ٣٣٩١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

٦ - عدم الاعتداد بالأسباب التى دعت الى إصدار الشيك .

(الطعن رقم ٣٣٩١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

٧ - سرقة الورقة والحصول عليها بطريق التهديد . دخولهما فى حكم ضياعهما .

- الحاق حالتى تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب مجالات الاباحة فى المعارضة فى الوفاء بقيمته . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٦٠٥٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٨ - صدور أمر بوضع أرصدة المتهم تحت التحفظ . قوة قاهرة . ترتب انعدام مسئوليته عن جريمة المادة ٣٣٧ عقوبات .

- تمسك الطاعن أن امتناع البنك عن الدفع مرجعه صدور قرار بالتحفظ على حساب الشركة التى يمثلها . دفاع جوهرى . قعود المحكمة عن تحقيقه . قصور .

(الطعن رقم ٣٣٤٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

ضرب

ضرب أحدث عاهة :

إثبات الحكم إعتداء الطاعن على المجنى عليه بقبضة يده وبحذائه محدثًا إصاباته التى تخلفت عنها عاهة مستديمة . كفايته بيانًا لعلاقة السببية بين الاعتداء وإحداث العاهة .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

ضريبة على الاستهلاك

صدور القانون رقم ١٣٣ لسنة ٨١ بعد

ارتكاب الفعل فى جريمة عدم أداء رسم الانتاج . عدم اعتباره قانونًا أصلح من القانون ٣٦٣ لسنة ٥٦ المعمول به وقت إرتكابه . أساس ذلك ؟
(الطعن رقم ٣١٤٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

عقوبة

(أ) تطبيق العقوبة :

١ - جزاء الرد المنصوص عليه فى المادة ٧٧ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعدلة بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يدور مع موجبه من بقاء المال الذى تقاضاه المتهم كخلو رجل فى زمنه حتى الحكم عليه .
(الطعن رقم ٣٧٥٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

٢ - تقدير العقوبة وتقدير مناسبتها بالنسبة لكل متهم . موضوعى .
(الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٠)

٣ - العقوبة التى توقع على الحدث الذى تزيد سنه على خمس عشرة سنة ولا تجاوز ثمانى عشرة سنة حال ارتكابه جنحة يجوز الحكم فيها بالحبس . ماهيتها ؟ المادة ٣/١٥ من القانون ٣١ لسنة ١٩٧٤ .
(الطعن رقم ٥٦٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٤ - وجوب توقيت مدة العزل عند معاملة المتهم المخاطب بأحكامه . المادة ٢٧ عقوبات .
(الطعن رقم ٥٩٧٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٥ - تقدير العقوبة فى الحدود المقررة وتقدير قيام موجبات الرأفة أو عدم قيامها . موضوعى ؟

عدم جدوى النص على الحكم بأن المحكمة لم تعامل الطاعنين بمزيد من الرأفة . متى أوقع عليهما عقوبة الحبس مع الشغل لمدة سنتين - بعد أخذهما بقسط من الرأفة - ما دامت هذه العقوبة تدخل فى نطاق العقوبة المقررة قانونًا للجريمة التى دامهما بها .
(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

٦ - إدانة المحكمة المتهم بجريمة هتك عرض بالقوة - وأعمالها فى حقه المادة ١٧ عقوبات . وتوقيعها عليه عقوبة الأشغال الشاقة . وهى العقوبة المقررة لتلك الجريمة أصلاً دون معاملته بالرأفة . خطأ فى تطبيق القانون .
(الطعن رقم ٥٩٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١)

(ب) عقوبة تكميلية :

١ - متى تعتبر العقوبة أصلية ؟

- العقوبات الأصلية فى الجنايات هى الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن .

- إعتبار الغرامة عقوبة تكميلية إذا قضى بها فى الجنايات . بالإضافة إلى عقوبة أخرى المادة ١٠٣ عقوبات .

- الغرامة التسبيبية . وجوب الحكم بها على المتهمين متضامنين . عدم التنفيذ عليهم جميعًا بأكثر من مقدارها المحدد فى الحكم .
(الطعن رقم ٣٠٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٢ - وجوب توقيت عقوبة العزل عند معاملة المتهم بالرأفة والقضاء عليه بالحبس فى جريمة استيلاء بغير حق على مال مملوك للدولة .

- إغفال الحكم ذلك خطأ فى تطبيق القانون .
(الطعن رقم ٥٩٧٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(جـ) عقوبة الجريمة الأشد :

انتفاء مصلحة الطاعنين فى تعييب الحكم فى خصوص جريمة الإشتراك فى اتفاق جنائى . ما دامت المحكمة قد دانتهم بجريمة الضرب المفضى إلى الموت باعتبارها الأشد . وعاقبتهم بعقوبتها عملاً بالمادة ٣٢ عقوبات .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

(د) العقوبة المبررة :

١ - لا مصلحة من النفى بتخلف ظرف سبق الإصرار طالما أن العقوبة الموقعة تدخل فى الحدود المقررة لجناية الشروع فى القتل العمد مجردة عن أى ظروف مشددة .

(الطعن رقم ٣٠٤٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٢ - تعييب الحكم مما تساند إليه فى خصوص جريمة عرض رشوة لم تقبل عدم جدواه . طالما أن المحكمة عاقبته بالعقوبة الأشد المقررة لجريمة الإرتشاء المنصوص عليها بالمادة ١٠٤ عقوبات .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٣ - منازعة الطاعنين فى قيام ظرف سبق الإصرار . لا جدوى منه طالما أن العقوبة المحكوم بها عليهم مقررة لجريمة الضرب المفضى إلى الموت المسندة إليهم بغير سبق إصرار .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

علاقة السببية

١ - رابطة السببية . بدؤها بالفعل الدار . ارتباطها من الناحية المعنوية بما يجب على الجانى أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا ما آتاه عمدًا .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - رابطة السببية بين فعل الجانى والنتيجة لا يقطعها مرض المجنى عليه .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٣ - مسئولية المتهم فى جريمة الضرب أو إحداث جرح عمدًا عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامى . ولو كانت عن طريق غير مباشر . ما لم تتداخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/١)

فاعل أصلى

١ - استظهار الحكم اتفاق الطاعن مع المتهم الآخر على قتل المجنى عليه من معيته فى الزمان والمكان ونوع الصلة بينهما وصدور الجريمة عن باعث واحد واتجاههما وجهة واحدة فى تنفيذها . إن كل منهما قصد الآخر فى اتباعها . اعتباره فاعلاً أصليًا فى الجريمة .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - إثبات الحكم فى حق الطاعنين . مساهمة كل منهما بنصيب فى الأفعال المادية المكونة للجريمة كفايته لإعتبارهما فاعلين أصليين فيها .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٣ - إثبات الحكم فى حق الطاعن مساهمته بنصيب فى الأفعال المادية المكونة للجريمة ومنها حمله مدية وتواجده مع آخرين على مسرحها كفاية لاعتبارهم جميعًا فاعلين أصليين .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

قانون

(أ) القانون الأصلح :

صدور القانون ٥٤ لسنة ١٩٨٤ بعد وقوع الفعل وقبل صدور حكم بات فى جريمة بناء بدون ترخيص . يعد أصلح للمتهم من القانون القديم بما اشتملت عليه أحكامه من إعفاء من عقوبة الغرامة حتى كانت جنحة الأعمال المخالفة لا تزيد على عشرة آلاف جنيه . ومن قصر الإزالة والتصميم على الحالات المبينة بالمادة الأولى منه .

(الطعن رقم ٥٢٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

(ب) إلغاء القانون :

١ - إلغاء التشريع أو تعديله بتشريع لاحق عليه مماثل له أو أقوى منه ، ينص على الإلغاء صراحة أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد موضوع ذلك التشريع .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٢ - إجازة النص فى المادة ١٦٠ مكررًا إجراءات للنائب العام أو المحامى العام إحالة الدعوى إلى محكمة الجنح فى الأحوال المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكررًا عقوبات اعتباره منسوخًا ضمنًا بالمادة ٣ من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(جـ) تفسيره :

١ - صياغة النص فى عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيرًا صادقًا عن إرادة الشارع . عدم جواز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل .

(الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - إيراد الشارع مصطلحًا معينًا فى نص ما . وجوب صرفه لهذا المعنى فى كل نص آخر يرد فيه .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

٣ - التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزام الدقة فى تفسيرها . وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل . واجب .

صياغة النص فى عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيرًا صادقًا عن إرادة الشارع . عدم جواز الإنحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل . أو بدعوى الاستهداء بحكمة الشارع .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

(د) التفويض التشريعى :

صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعى . رهينة بعدم وجود قضاء بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه .

تغليب نص القانون عند التعارض بينه وبين نص وارد فى لائحته . واجب .

(الطعن رقم ٦١٥٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

(هـ) سريانه من حيث الزمان :

١ - تعاقب قانونين . دون أن يكون الثانى أصلح للمتهم . وجوبه تطبيق الأول على الأفعال التى وقعت قبل إلغائه لامتناع تطبيقه . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣١٤٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

٢ - طرق الطعن فى الأحكام الجنائية ينظمها القانون القائم وقت صدور الحكم محل الطعن .

(الطعن رقم ٨٣٤١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

٣ - القانون الذى إستوفى مراحله التشريعية وتم نشره فى الجريدة الرسمية . التحدى به لا يجوز إلا من التاريخ الحقيقى لهذا النشر . شرط ذلك ؟

(الطعن رقم ٨٣٤١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

قتل خطأ

١ - قيام خطأ فى جانب المجنى عليه أو الغير . لا يمنع مساءلة المتهم ما لم ينفى ركنًا فى الجريمة .

(الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

٢ - بيانات حكم الإدانة فى جريمة القتل أو الإصابة الخطأ ؟

رابطة السببية . إقتضاؤها إسناد النتيجة إلى خطأ المتهم .

إدانة الطاعن بالقتل والإصابة الخطأ بمجرد عدم إلتزامه الجانب الأيمن من الطريق أو عدم مراعاته للقوانين . دون إستظهار أنه لم يكن هناك ما يبرر ذلك من الظروف التى وقع فيها الحادث . قصور .

(الطعن رقم ٢٩٦٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

٣ - انقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر بالقوة القاهرة . إمتناع مسئولية المخطىء إلا إذا كون خطؤه بذاته جريمة .

(الطعن رقم ٢٩٦٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

٤ - توافر الحادث القهرى بشرائطه . أثره : انقطاع علاقة السببية بين النتيجة والخطأ .

الدفع بوقوع الحادث بسبب أجنبى . جوهرى . على المحكمة تحقيقه أو الرد عليه .

(الطعن رقم ٦٠٥٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - إغفال حكم الإدانة بيان الإصابات التى حدثت بالمجنى عليهما ونوعها وكيف أدت إلى وفاة أحدهما من واقع الدليل الفنى وكذا عدم استظهار رابطة السببية بين الخطأ والعذر . قصور .

(الطعن رقم ٥٧٣٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٦ - توافر الحادث القهرى بشرائطه . أثره : انقطاع علاقة السببية بين النتيحة والخطأ .

الدفع بوقوع الحادث بسبب أجنبى . جوهرى . على المحكمة تحقيقه أو الرد عليه .

(الطعن رقم ٣٥١٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

قتل عمد

١ - النعى على الحكم بالقصور فى استظهار نية القتل . عدم جدواه ما دامت العقوبة المقضى بها مبررة فى القانون حتى مع عدم توافر هذه النية .

عدم رسم القانون شكلاً خاصًا لصياغة الحكم .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٢ - قصد القتل أمر خفى لا يدرك بالحس الظاهر إدراكه بالظروف المحيطة بالدعوى والأمارات والمظاهر الخارجية التى يأتيها الجانى وتنم عما يضمره فى نفسه .

استخلاص نية القتل من عناصر الدعوى وموكول الى قاضى الموضوع فى حدود سلطته التقديرية .

(الطعن رقم ٣٠٤٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٣ - دون عسف فى الاستنتاج ولا تنافر مع حكم العقل .

وجوب بناء الأحكام النائية على الجزم والتعيين على الواقع الذى يثبت بالدليل المعتبر لا على الطعن والاحتمال على الفروض والاعتبارات المجردة .

مجرد ملاحقة الطاعن للمجنى عليها ومراودتها عن نفسها وتهديده لها بالقتل ان اقترنت بغيره لا يفيد حتما ثبوت مقارفة الطاعن لواقعة قتل المجنى عليها .

(الطعن رقم ٢٤٢١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٤ - شرط تطبيق المادة ٢/٢٣٤ عقوبات : ألا تكون الجريمتان ناشئتين عن فعل جنائى واحد وتوافر رابطة زمنية بينها .

(الطعن رقم ٣٨٩٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٥ - استبعاد الحكم لظرف الاقتران لاعتباره جريمتى الشروع فى قتل المجنى عليهما ناشئتين

عن فعل جنائي واحد . خطأ في القانون . يوجب النقض والاعادة لتعلق ذلك بتقدير العقوبة .

(الطعن رقم ٣٨٩٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٦ - عقوبة المادة ٢/٢٣٤ عقوبات . يكفى لتطبيقها : ثبوت استقلال الجريمة المقترنة عن جناية القتل وتمييزها عنها وقيام المصاحبة الزمنية بينها .

المصاحبة الزمنية : أن تكون الجنايتان قد ارتكبتا في وقت واحد . أو في فترة قصيرة من الزمن . تقدير ذلك يستقل به قاضي الموضوع .

(الطعن رقم ٣٩٨٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٧ - حدوث إصابة المجني عليه من الأمام رغم وقوف ضاربه خلفه . جائز إذ أن جسم الإنسان متحرك لا يتخذ وضعًا ثابتًا وقت الاعتداء .

تجريح أدلة الدعوى على وجه معين تأديا إلى مناقضة الصورة التي ارتسمت بالدليل الصحيح في وجدان المحكمة . غير جائز أمام النقض .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٨ - قصد القتل . أمر خفي . استخلاص توافره . موضوعي .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

قصد جنائي

الجريمة الاحتمالية قيامها قبل المتهم . رهن بثبوت مساهمته في جريمة أصلية قصد إليها فاعلا كان أم شريكًا .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

قضاء عسكري

١ - قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ لم ينص على انفراد القضاء العسكري دون غيره بالاختصاص على مستوى كافة مراحل الدعوى إلا فيما يتعلق بالأحداث الخاضعين لأحكامه . مفاد ذلك ؟

التفات المحكمة عن دفاع قانوني ظاهر البطلان . لا عيب .

(الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٢ - اختصاص المحاكم العادية بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن جريمة .

اختصاص المحاكم العسكرية . استثنائي . مناطه ؟

خلو قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ من النص على انفراد القضاء العسكري بما يختص به . أثر ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٣٩١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

قضاة

قيام القاضي بعمل يجعل له رأيًا في الدعوى . وجوب امتناعه عن نظرها تلقائيًا . وإلا كان حكمه باطلاً . أساس وعلة ذلك ؟

التحقيق في خدمة المادة ٢٤٧ إجراءات . معناه ؟

مباشرة القاضي عملاً من أعمال التحقيق بوصفه وكيلاً للنيابة في الدعوى . وجوب امتناعه عن نظرها والحكم فيها .

(الطعن رقم ١٦٠٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

قبض

١ - الإستدعاء الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي إبان جميع الاستدلالات ولا يتضمن تعرضا ماديًا . ليس قبضًا .

(الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٠)

٢ - الافتئات على حريات الناس والقبض

عليهم بدون وجه حق يضير العدالة .

الحرية الشخصية حق طبيعى . عدم جواز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته فى غير حالة التلبس إلا بإذن القاضى المختص أو النيابة العامة . المادة ٤١ من الدستور .

(الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

كفالة

عدم إيداع الكفالة من المحكوم عليه بعقوبة الغرامة أو عدم حصوله على قرار بإعفائه منها . أثره : عدم قبول الطعن شكلاً .

(الطعن رقم ٣٥٩٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٥)

لوائح

حل السلسلة التنفيذية . دستوريًا . إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين . دون زيادة أو تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ليس معناه نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين للسلطة التنفيذية .

اللائحة لا تضع قيدًا على خلاف نص فى القانون .

(الطعن رقم ٦١٥٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

مأمورو الضبط القضائي

إسباغ المشرع صفة مأمور الضبط القضائى فى جميع أنحاء الجمهورية لمن نصت عليهم المادة ٤٩ من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والإتجار فيها . عدم جدوى المنازعة فى اختصاص من نصت عليهم المادة المذكورة مكانيًا بضبط جريمة إحراز المخدر .

(الطعن رقم ٣٨٨٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

مجلس القضاء الأعلى

١ - صياغة النص فى عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيرًا صادقًا عن إرادة المشرع . عدم جواز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل .

نص المادة ٧٧ مكررًا ٤ من قانون السلطة القضائية . مفاده أن المشرع لم يجز لمجلس القضاء الأعلى التفويض فى اختصاصاته المتعلقة بالتعيين أو الترقية أو النقل وأجاز له التفويض فى بعض إختصاصاته الأخرى .

صدور الإذن برفع الدعوى الجنائية من لجنة لم تفوض فى إصداره تفويضًا سليمًا . يبطله .

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

٢ - قضاة . نيابة عامة . دعوى جنائية « قيود تحريكها » .

رفع الدعوى الجنائية على القاضى فى جناية أو جنحة . غير جائز إلا بإذن من مجلس القضاء الأعلى . انعطاف هذه الحماية على أعضاء النيابة العامة . أساس ذلك ؟

لمجلس القضاء الأعلى أن يشكل من بين أعضائه لجنة أو أكثر وأن يفوضها فى بعض اختصاصاته عدا ما يتعلق بالتعيين أو الترقية أو النقل . المادة ٧٧ مكررًا ٤ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

القرارات التى يصدرها مجلس القضاء الأعلى أو اللجنة التى يفوضها فى بعض اختصاصاته . غير نهائية . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

محاماة

١ - الاستعانة بمحام إلزامية لكل متهم بجناية

حتى يكفل له دفاعًا حقيقيًا لا مجرد دفاع شكلى .

حضور محام منتدب مع المتهم وإقتصاره على طلب البراءة وإحتياطيًا إستعمال الرأفة . لا يتحقق به غرض الشارع من وجوب إبداء دفاع جدى . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٨٠٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨)

٢ - إيجاب القانون الإعلان لإتخاذ إجراء وبدء ميعاد عدم قيام أية طريقة أخرى مقامه .

ميعاد الطعن فى قرار لجنة المحامين بنقل محام إلى جدول غير المشتغلين . أربعين يومًا تبدأ من تاريخ إعلانه بذلك . المادة ٦٩ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ والمادة ٢/٤٤ من القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

(الطعن رقم ١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

٣ - على المحامى الذى تولى أحد الوظائف أو الأعمال المشار اليها بالمادة ٥٢ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ أو انقطعت علاقته بالمحاماة إخطار النقابة خلال ثلاثين يوماً . مخالفة ذلك توجب مساءلته تأديبيًا . أساس ذلك ؟

نقل لجنة المحامين اسم الطاعن إلى جدول غير المشتغلين بغير سماع أقواله أو ثبوت تخلفه عن الحضور بعد إعلانه . إخلال بحق الدفاع . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

٤ - صدور قرار من لجنة قبول المحامين أمام النقض فى ظل القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ . خضوع إجراءات الطعن فيه للقواعد الأجرائية المقررة فيه . المادة الأولى مرافعات .

(الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١ نقابات)

٥ - خلو القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من نص ينظم الطعن فى قرارات لجنة قيد المحامين أمام النقض لا يجعل تلك القرارات بمنأى عن رقابة القضاء . علة ذلك ؟

انعقاد الاختصاص بنظر الطعون فى قرارات رفض طلبات القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض لهذه المحكمة . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١ نقابات)

٦ - ما يشترط لقبول طلب القيد بجدول المحامين أمام محكمة النقض ؟ المادة ١/٣٩ من القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

(الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٧ - إستعداد المدافع أو عدم إستعداده موكول إلى تقديره وضميره وإجتهاده وتقاليد مهنته .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

٨ - ندب المحكمة محاميًا عن المتهم لغياب محاميه الموكل . عدم اعتراض المتهم على هذا الإجراء وعدم تمسكه بالتأجيل لحضور محاميه . لا إخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ٤٢٥٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

محضر الجلسة

خلو محضر الجلسة من إثبات دفاع الخصم كاملاً . لا يعيب الحكم طالما لم يتمسك بإثباته فى محضر الجلسة .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

محاكمة أمن الدولة

١ - اختصاص محاكم أمن الدولة الجزئية المنشأة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ٨٠ بنظر المنازعات التى تقع بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ دون غيرها . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣١١٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

٢ - النص فى المادة الثالثة من القانون رقم

١٠٥ لسنة ١٩٨٠ على اختصاص محاكم أمن الدولة العليا دون غيرها بالجنايات المنصوص عليها فى الأبواب الأول والثانى والثانى مكررًا والثالث والرابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات مفاده : أنها تختص اختصاصًا استئثاريًا انفراديًا بنظر تلك الجنايات .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

محكمة استئنافية

إيراد الحكم الإستئنافى أسبابًا مكملة لأسباب حكم أول درجة الذى اعتنقه : مفاده . أخذه بتلك الأسباب فيما لا يتعارض مع الأسباب التى أضافها .

تسجيل الحكم الابتدائى فى صلبه تطبيق المواد التى طلبتها النيابة والتى بينها فى صدره . قضاء الحكم الإستئنافى بتأييده لأسبابه . وإن خلا فى صلبه من ذكر المواد التى طبقتها المحكمة . لا يعيبه . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٤٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

محكمة ثان درجة

محكمة ثان درجة لا تجرى تحقيقًا إلا ما ترى هى لزومًا لإجرائه ولا تلتزم إلا بسماع الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام المحكمة أول درجة مؤدى ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٦٢٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

محكمة الجنح

إحالة جريمة الإختلاس المنصوص عليها فى المادة ١١٢ عقوبات إلى محكمة الجنح يوجب عليها الحكم بعدم الاختصاص بنظرها .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

محكمة الموضوع

(أ) اتصالها بالدعوى :

اتصال المحكمة بالدعوى الجنائية المرفوعة ممن لا يملك . معدوم مؤدى ذلك ؟

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

(ب) سلطتها فى تقدير الدليل :

١ - تقدير الخطأ المستوجب مسئولية مرتكبة . موضوعى .

(الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

٢ - انفراد محكمة الموضوع بتقدير الأدلة بالنسبة إلى كل متهم . حقها فى الإطمئنان إلى الأدلة بالنسبة إلى متهم وعدم الإطمئنان إلى الأدلة ذاتها بالنسبة إلى آخر .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٣ - تشكك المحكمة فى صحة اسناد التهمة الى المتهم . كفايته سند للبراءة ورفض الدعوى المدنية .

مثال لتسبيب سائغ للقضاء بالبراءة للشك فى صحة إسناد التهمة إلى الطاعن .

(الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٤ - سلطة المحكمة فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى . عدم التزامها بإعادة المهمة إلى الخبير أو بإعادة مناقشته . موضوعى .

(الطعن رقم ٣٤٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

(ج) سلطتها فى استخلاص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى :

١ - حق محكمة الموضوع فى استخلاص الصورة الصحيحة للواقعة . وإطراح ما يخالفها من صور ما دام استخلاصها سائغًا .

(الطعن رقم ٣٠٧٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٢ - لمحكمة الموضوع أن تبين الواقعة على حقيقتها وترد الحادث الى صورته الصحيحة من مجموع الأدلة المطروحة عليها .

اطراح المحكمة دفاع الطاعن المخالف لهذا التصوير . لا يقبل مصادرتها فى عقيدتها أو مجادلتها فيما إنتهت اليه .

(الطعن رقم ٥٥٨٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٣ - استخلاص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى . موضوعى .

- الجدل الموضوعى فى سلطة محكمة الموضوع فى وزن عناصر الدعوى إستنباط معتقدها . غير جائز أمام النقض .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(د) سلطتها فى تقدير التعويض :

تقدير التعويض واستظهار عناصره من سلطة محكمة الموضوع وحدها حسبما تراه مناسبًا وفق ما تتبينه من ظروف الدعوى .

(الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

(هـ) نظرها الدعوى والفصل فيها :

قرار المحكمة الذى يصدر فى صدد تجهيز الدعوى وجمع الأدلة . قرار تحضيرى لا تتولد عنه أية حقوق للخصوم .

(الطعن رقم ٤٦٢٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

محكمة النقض

حق محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم تلقائيًا من نفسها حتى تبين أنه بنى على خطأ فى تطبيق القانون . المادة ٣٥ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(الطعن رقم ٣٧٥٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

تناقض المجنى عليه والشهود فى بعض التفاصيل بغرض صحة وجوده لا يعيب الحكم . ما دام قد استخلص الحقيقة منها .

(الطعن رقم ٥٦٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

مرور

التزام قائد السيارة الحيطة والحذر أثناء القيادة وأن يكون على قدر من اليقظة والانتباه . واجب عام لا يعفيه من ذلك إضاءة إشارة المرور بما يسمح له بالسير .

المنازعة فى هذا الشأن جدل موضوعى فى تقدير أدلة الدعوى . لا تجوز اثارته أمام النقض .

(الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

مسئوليه جنائية

- الأصل ألا يسأل الجانى إلا عن الجريمة التى ارتكبها أو اشترك فيها .

- مسئولية المتهم عن النتائج المحتملة لجريمته الأصلية متى كان فى مقدوره أو كان من واجبه توقع حدوثها . أساس ذلك ؟ المادة ٤٣ عقوبات .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

مسئولية مدنية

عدم التزام المحكمة ببيان عناصر الضرر الذى قدر على أساسه مبلغ التعويض المحكوم به ما دامت قد بينت عناصر المسئولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية .

(الطعن رقم ٥٦٠٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

معارضة

١ - عدم جواز الحكم فى المعارضة فى غيبة المعارض ما لم يكن تخلفه عن الحضور بالجلسة

حاصلاً بدون عذر . محل نظر الضرر وتقديره يكون عند الطعن بالحكم ولو بطريق النقض .

وقف الأجازات بالوحدة العسكرية المجند بها الطاعن اعتباره عذرًا قهريًا يبرر التخلف عن الحضور . القضاء برفض المعارضة رغم ذلك . إخلال بحق الدفاع .

إطمئنان محكمة النقض إلى الشهادة المقدمة اليها المتضمنة هذا الضرر . وجوب نقض الحكم والاعادة .

(الطعن رقم ٣١١٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٢ - القضاء برفض المعارضة المرفوعة من المتهم فى الحكم الغيابى القاضى بسقوط استئنافه . رغم اعتذاره بأنه كان مقيد الحرية يوم صدور الحكم . دون أن تقول المحكمة كلمتها فى هذا الضرر يعيب الحكم .

(الطعن رقم ١٣٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٣ - عدم جواز الحكم فى المعارضة المرفوعة من المتهم عن الحكم الصادر فى غيبته باعتبارها كأن لم تكن . أو بقبولها شكلاً ورفضها موضوعًا بغير سماع دفاع المعارض . إلا إذا كان تخلفه عن الحضور بالجلسة حاصلاً بغير عذر .

ثبوت أن التخلف مرده عذر قهرى . اعتبار الحكم غير صحيح لقيام الحكم على إجراءات معيبة .

(الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

مواد مخدرة

١ - جريمة تسهيل تعاطى المخدرات . إنقضاؤها : صدور أفعال إيجابية من مرتكبها بقصد تسهيل تعاطى الغير للمخدرات .

- مجرد ادارة الطاعن للمقهى ومجالسته أحد روادها أثناء تعاطيه المخدر وتقديمه فى جيله وحجارة دخان المعسل لآخر . لا يفيد ذاته توافر جريمة تسهيل تعاطى المخدرات .

(الطعن رقم ٢٦٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٢ - تعديل وصف التهمة من حيازة مخدر بقصد الاتجار إلى حيازته بغير قصد الاتجار أو التعاطى دون لفت نظر المتهم أو المدافع عنه . لا اخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ٣٨٨٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

٣ - تقدير توافر قصد الاتجار فى المواد المخدرة . موضوعى .

- إيراد الحكم تدليلاً على توافر قصد الاتجار على ما أثبته من أن التحريات أسفرت عن اتجار المتهم بالمواد المخدرة ومن ضبطه يقوم بتقطيع كمية كبيرة منها باستعمال أدوات كفايته .

(الطعن رقم ٣٠٧٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٤ - التحقق من علم المتهم بكنه المادة المضبوطة . موضوعى ما دام سائغًا .

- الجدل فى ذلك أمام محكمة النقض . غير جائز .

(الطعن رقم ٦٢٦٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٥ - إحراز المخدر بقصد الاتجار . واقعة مادية يستقل قاضى الموضوع بالفصل فيها طالما يقيمها على ما ينتجها .

- التناقض الذى يعيب الحكم . ماهيته ؟

الاطمئنان للتحريات كمسوغ لاصدار إذن التفتيش واطراحها فى خصوص توافر قصد الاتجار . لا تناقض .

(الطعن رقم ٦٢٦٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

مواقعة أنثى بغير رضاها

– ركن القوة فى جريمة المواقعة . توافره باستعمال وسيلة تعدم ارادة المجنى عليها .

(الطعن رقم ٥٦٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

نصب

١ – تطبيق المادة ٣٣٦ عقوبات رهن بوقوع احتيال على المجنى عليه بقصد خدعه والاستيلاء على ماله .

– عدم تحقق الطرق الاحتيالية فى النصب إلا إذا كان من شأنها الايهام بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو غير ذلك من الأمور المبينة على سبيل الحصر فى المادة ٣٣٦ عقوبات .

(الطعن رقم ٦٠٥٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٢ – جريمة النصب . توافرها رهن بوقوع احتيال على المجنى عليه بقصد خدعه والاستيلاء على ماله .

– الطرق الاحتيالية فى جريمة النصب . ماهيتها ؟

(الطعن رقم ٦٠٥٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

٣ – مجرد الأقوال والادعاءات الكاذبة مهما بالغ فيها مبديها . لا تتحقق بها الطرق الاحتيالية فى النصب .

– تحقق الطرق الاحتيالية فى النصب . شرطه أن يكون الكذب مصحوبًا بأعمال مادية ومظاهر خارجية تحمل المجنى عليه على تصديقه .

(الطعن رقم ٦٠٥٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

٤ – اغفال حكم الادانة فى جريمة النصب بيان كيفية تداخل الطاعن فى الجريمة والطرق الاحتيالية التى استخدمها والصلة بينه وبين المتهم الآخر وبين تسليم المال . قصور .

– وحدة الواقعة وحسن سير العدالة توجب امتداد أثر الطعن للمحكوم عليه الآخر .

(الطعن رقم ٦٠٥٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

نقد

– تقييد اللائحة التنفيذية للقانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ . حق المسافر فى حمل النقد الأجنبى السابق اثبات دخوله الى البلاد بالمخالفة لنص القانون . أثره ؟

(الطعن رقم ٦١٥٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

نقض

(أ) التقرير بالطعن وايداع الأسباب وتوقيعها :

١ – ابداء الطاعن السجين رغبته فى الطعن بالنقض فى الميعاد .

– امتناع كاتب السجن عن تحرير التقرير لعدم وصول نموذج التقرير . تحرير التقرير فور وروده إعتبار عدم مراعاة ميعاد الطعن لسبب خارج عن إرادته . أثر ذلك ؟

٢ – دخول الطعن فى حوزة محكمة النقض . مناطه : التقرير به فى الميعاد .

تقديم أسباب الطعن . لا يغنى عن التقرير به .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٣ – وجوب توقيع أسباب الطعن المقدم من المحكوم عليه من محام مقبول أمام النقض . المادة ٣٤ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

توقيع أسباب الطعن بالتصوير الضوئى أو الآلة الكاتبة أو أية وسيلة فنية أخرى لا يقوم مقام أصل التوقيع . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٧٨٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

٤ – التقرير بالطعن بالنقض . مناط اتصال المحكمة به . تقديم الأسباب فى الميعاد . شرط

لقبوله . التقرير بالطعن دون ايداع أسباب . أثره . عدم قبول الطعن شكلاً . علة ذلك . التقرير بالطعن وتقديم أسبابه يكونان معًا وحدة إجرائية لا يقوم فيها أحدهما مقام الآخر ولا يغنى عنه .

(الطعن رقم ٤٢٣٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٥ - وجوب توقيع تقرير الأسباب من محام مقبول أمام محكمة النقض . المادة ٣٤ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

محامو الادارات القانونية للهيئات العامة وشركات القطاع العام والمؤسسات الصحفية . لا يحوز مزاولتهم أعمال المحاماة لغير جهة عملهم . مخالفة ذلك . أثره : بطلان العمل . المادة ٧ من القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعدلة .

توقيع تقرير الأسباب من محام لاحدى الهيئات العامة . أثره . عدم قبول الطعن شكلاً . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٣٢٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

٦ - عدم التقرير بالطعن لا يجعل للطعن قائمة . ولا تفصل به المحكمة ولا يغنى عنه أى إجراء آخر .

جواز الطعن من عدمه مسألة سابقة على النظر فى شكله .

حق الطعن بالنقض مناطه : أن يكون الطاعن طرفًا فى الحكم النهائى الصادر من آخر درجة وأن يكون هذا الحكم قد أضر به .

(الطعن رقم ٤٢٥٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

٧ - التقرير بالطعن . أثره : دخول الطعن فى حوزة محكمة النقض . أثر تخلفه . عدم قبول الطعن شكلاً .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

(ب) الصفة والمصلحة فى الطعن :

١ - لا يقبل من أوجه الطعن على الحكم إلا ما كان متصلاً بشخص الطاعن وكان له مصلحة فيه .

(الطعن رقم ٣٦٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٦)

٢ - عدم تقديم المحامى التوكيل الذى يخوله الطعن بالنقض . نيابة عن المحكوم عليه . أثره . عدم قبول الطعن شكلاً . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٣ - ولى القاصر . وكيل جبرى عنه بحكم القانون . مؤدى ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

٤ - وجوب أن يكون المحامى المقرر بالطعن بالنقض فى المواد الجنائية وكيلاً عن الطاعن وقت التقرير به . أساس ذلك ؟

الطعن فى الأحكام . يستلزم توكيل خاص . أو توكيل عام ينعى فيه على ذلك .

(الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

٥ - حق النيابة العامة فى الطعن . رهن بتوافر المصلحة لها أو للمحكوم عليه . انتفاء هذه المصلحة . أثره . عدم قبول الطعن . علة ذلك .

- عدم جواز طعن النيابة العامة فى الأحكام لمصلحة القانون .

(الطعن رقم ٤٥٣٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٩)

(جـ) ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه من الأحكام :

١ - القضاء الغير منه للخصومة فى الدعوى عدم جواز الطعن فيه بطريق النقض . مثال :

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

٢ - عدم جواز الطعن بالنقض إلا فى الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة فى مواد الجنايات والجنح . المادة ٣٠ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

- عدم قبول الطعن بالنقض فى الحكم . ما دام الطعن فيه بطريق المعارضة جائزًا . المادة ٣٢ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

- مثال .

(الطعن رقم ١٣٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٣ - عدم جواز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة فى المخالفات مرده الطعن الموجه إلى المخالفة وحدها . جواز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى الجنحة والمخالفة معًا وإن تميزت الواقعة فى كل منهما . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٤ - محاكمة الطاعن أمام محكمة أمن الدولة طبقًا لقانون الطوارىء رقم ١٦٢ لسنة ٥٨ ق بعد إعلانها القرار الجمهورى رقم ٥٦٠ لسنة ١٩٨١ . أثره : عدم جواز الطعن بأى وجه فى الأحكام الصادرة فيها .

(الطعن رقم ٦٠٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١)

(د) حالات الطعن الخطأ فى تطبيق القانون :

١ - عقوبة جريمة السكر بالطريق العام هى الحبس الذى لا تقل مدته عن أسبوعين ولا تزيد على ستة أشهر أو الغرامة التى لا تقل عن عشرين جنيهًا ولا تزيد على مائة جنيه . المادة ٧ من القانون ٩٣ لسنة ١٩٧٦ .

- تعديل الحكم المستأنف ونزوله بالعقوبة الى الحبس أسبوعًا مع الشغل خطأ فى القانون يوجب نقضه .

- عدم خضوع الخطأ الذى تردى فيه الحكم لأى تقدير موضوعى . يوجب على محكمة النقض تصحيحه وفقًا للقانون . المادة ٣٩ القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(الطعن رقم ٢٧٥٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٢ - حق محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها للخطأ فى تطبيق القانون . المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

نقض الحكم لهذا السبب بالنسبة للطاعن يقتضى نقضه بالنسبة للمحكوم عليه الآخر لاتصال وجه الطعن به .

(الطعن رقم ٣٠٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)
(الطعن رقم ٤٢٢٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٧ - وجه الطعن : وجوب أن يكون واضحًا محددًا .

النعى على الحكم عدم رده على أوجه الدفاع الجوهرية المبداة من الطاعن دون الافصاح عن ماهية هذه الأوجه أو تحديدها . أثره . عدم قبول النعى . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٦٠٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

٨ - عدم جدوى نعى النيابة على الحكم صدوره من محكمة غير مختصة . ما دامت لا تنعى على الحكم ما قضى به من براءة المتهم .

(الطعن رقم ٤٥٣٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٩)

(ح) نظر الطعن والحكم فيه :

١ - قصر الحكم بحثه على الاختصاص دون التعرض لموضوع الواقعة . وجوب أن يكون النقض مقرونًا بالاحالة .

(الطعن رقم ٦٠٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٢ - كون العبارات التى سطرها الطاعن لا تقع تحت نص المادة ٣٠٢ عقوبات ولا تشكل أى جريمة أخرى . وجوب نقض الحكم وبراءة الطاعن .

- وحدة الواقعة واتصال وجه الطعن بمحكوم عليه لم يقرر بالطعن . يوجب امتداد أثر نقض الحكم اليه .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

(ط) أثر الطعن :

١ - نقض الحكم بالنسبة للطاعنين الأول والثانى يقتضى نقضه بالنسبة للطاعنة الثالثة التى قضى بعدم قبول طعنها شكلاً لوحدة الواقعة وحسن سير العدالة عملاً بنص المادة ٤٢ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٧٢٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٢ - من لم يكن له حق الطعن بالنقض . لا يفيد من نقض الحكم .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٣ - اتصال وجه الطعن بمحكوم عليه لم يقرر بالطعن بالنقض . يوجب امتداد أثر الطعن اليه .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٤ - نقض الحكم بالنسبة لمن لم يطعن من الخصوم . مشروط باستئناف الحكم الابتدائى واتصال المحكمة الاستئنافية بموضوع الدعوى . المادة ٤٢ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ..

- مثال .

(الطعن رقم ١٣٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٣ - إدانة الطاعن بجريمة الشروع فى إخراج نقد أجنبى من البلاد رغم ما أورده الحكم من اثبات الطاعن لهذا النقد بالاقرار الجمركى عند قدومه الى مصر فى مرة سابقة . خطأ فى القانون .

- خطأ الحكم فى تطبيق القانون - حق محكمة النقض تصحيحه .

(الطعن رقم ٦١٥٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

(هـ) أسباب الطعن . تحديدها :

- وجه الطعن يجب لقبوله أن يكون واضحًا محدودًا .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(و) أسباب الطعن . تصدرها :

القصور الذى يتسع له وجه الطعن له الصدارة على أوجه الطعن الأخرى المتعلقة بمخالفة القانون .

(الطعن رقم ٥٩٧٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

(ز) أسباب الطعن . ما لا يقبل منها :

١ - ليس للطاعن أن ينعى على المحكمة قعودها عن القيام باجراء لم يطلب منها أو الرد على دفاع لم يثر أمامها .

(الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٣٠)

٢ - اثارة الدفاع الموضوعى لأول مرة أمام النقض . غير مقبول .

النعى على المحكمة قعودها عن اجراء تحقيق لم يطلب فيها . غير مقبول .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

٣ - تعييب التحقيق الذى أجرته النيابة العامة . لا يقبل إثارته لأول مرة وأمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٢٢٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٤ - توقيع المحكمة الجزئية العقوبة المقرر إيقائها من محكمة الأحداث على الحدث انتفاء مصلحة المحكوم عليه فى الطعن .

(الطعن رقم ٥٦٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - الجدل الموضوعى فى تقدير الدليل وفى سلطة المحكمة فى استنباط معتقدها غير جائز أمام النقض .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٦ - إدانة الطاعن بجريمة الشروع فى السرقة مع آخر من إحدى وسائل النقل البرية مع حمل سلاح المنصوص عليها فى المادة ٣١٦ أولاً من قانون العقوبات وليس بجريمة السرقة بالاكراه . عدم قبول النعى على الحكم بالقصور فى استظهار ظرف الاكراه لعدم تعلقه بالحكم المطعون فيه أو اتصاله به .

بطلان الحكم ذاته ووحدة الواقعة وحسن سير العدالة . توجب امتداد أثر الطعن لباقى الطاعنين والمحكوم علي لم يقبل طعنه شكلاً .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٧ - نقض الحكم بالنسبة للمتهم يقتضى نقض أيضًا بالنسبة للمسئول عن الحقوق المدنية . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٥٩٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

٨ - من لم يكن طرفًا فى الخصومة الاستئنافية . لا يفيد من نقض الحكم .

(الطعن رقم ٧٤٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

٩ - اتصال وجه الطعن بغير الطاعن يوجب نقض الحكم بالنسبة اليه بوحدة الواقعة وحسن سير العدالة .

(الطعن رقم ٦١٧٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

(ى) سقوط الطعن :

سقوط الطعن بالنقض : المرفوع من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية . جزاء تخلفه عن تقديم نفسه للتنفيذ قبل الجلسة المحددة لنظر طعنه .

عدم ورود الطعن بالنقض إلا على حكم نهائى .

مجرد التقرير بالطعن بالنقض . لا يترتب عليه ايقاف تنفيذ الأحكام الواجبة التنفيذ المادة ٤٦٩ إجراءات .

(الطعن رقم ٣٢٨٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

(ك) الطعن للمرة الثانية :

كون الطعن للمرة الثانية وجوب تحديد جلسة لنظر الموضوع م / ٤٥ من قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(الطعن رقم ٦٠٦٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

نيابة عامة

١ - للنيابة العامة سلطات قاضى التحقيق فى تحقيق الجنايات التى تختص بها محكمة أمن الدولة العليا ومنها جناية الرشوة . أساس ذلك ؟

القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ .

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

٢ - حق عضو النيابة فى الاستعانة بأهل الخبرة وطلب رأيهم شفاهة أو كتابة بغير حلف يمين . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

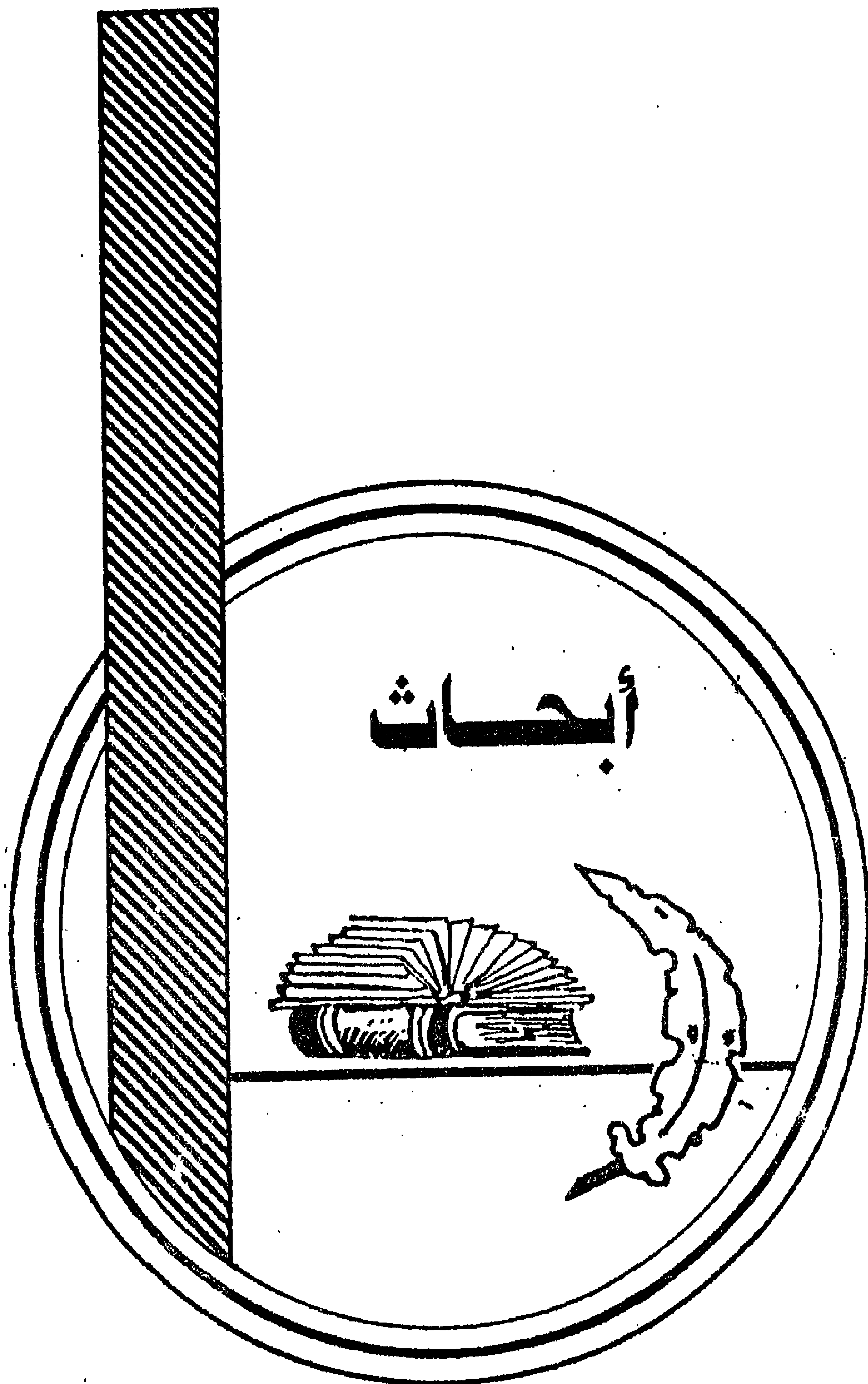
٣ - حق النيابة العامة فى الطعن بالنقض فى الحكم لمصلحة المتهم . مقيد بقيود طعنه .

(الطعن رقم ٥٦٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

عظمة المحاماة ..

إن المحاماة تسمو إلى أعلى درجات الرفعة دون أن تفقد شيئا من حرياتها الأصلية ، إنها تستطيع أن تجعل من الإنسان رجلا نبيلا دون نظر إلى مولد ، وثريا دون مال ، ورفيعا دون ألقاب ، وسعيدا دون حاجة إلى ثروة .

«ديبان : نقيب المحامين بفرنسا الأسبق»


أبحاث

أحكام الأرش في الشريعة الإسلامية

للاستاذ المستشار/ محمود الشربيني
نائب رئيس مجلس الدولة وعضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

مقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد ﷺ ... وبعد ..

فان أهم ما تتميز به الشريعة الاسلامية أنها ليست شريعة عقائد وعبادات فقط وإنما هي شريعة متكاملة نظمت أحكام العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والحدود .

ويعتبر النظام الجنائي الاسلامي أحكم وأدق النظم الجنائية وكيف لا وهو من عند الله سبحانه وتعالى أحكم الحاكمين .

والنظام الجنائي الاسلامي يقوم على أساس الدين الاسلامي وتتحصل المقاصد الرئيسية للشريعة الاسلامية في ثلاثة أمور هي :

الأول : حفظ كل ما هو ضروري للناس في حياتهم وهذه الضروريات هي الدين والنفس والعقل والنسل والمال .

الثاني : هو توفير حاجيات الناس وهي أدنى من الضروريات لأنه يترتب على فقدان أي منهما الحاق الحرج والمشقة بالناس .

الثالث : هو تحقيق ما فيه تحسين حال الأفراد والجماعة مما يقتضيه التطور من حال الى حال بحسب ظروف الزمان والمكان وتقتضيه الآداب وسير الأمور على الوجه الأمثل .

ووجه ارتباط النظام الجنائي الاسلامي بالمقاصد الأساسية سالفة الذكر يتجلى في أن الجرائم الخطيرة في نظر الاسلام هي التي تخل بالضروريات ولذلك واجهها الشارع الاسلامي بعقوبات شديدة وقاسية كالرجم والقطع وعلى رأس هذه الجرائم جرائم الحدود وهي الردة والبغي (وهما يخلان بالدين) وشرب الخمر (وهو يخل بالعقل) والزنا والقذف (وهما يخلان بالنسل) والسرقة والحرابة (وهما يخلان بالمال والنفس والأمن العام) ثم يلي ذلك جرائم القصاص والدية وهي جرائم الاعتداء على النفس بالقتل والجرح .

أما الجرائم الأقل خطورة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فانها تعرف بالتعازير وهي الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعازير وهي تتدرج في الشدة من جلد الى حبس وسجن وابعاد (تغريب) ونحوه ومنها ما هو خفيف مثل مجرد اللوم والتأنيب .

ويشتمل التشريع الجنائي الإسلامي على أرقى المبادىء الجنائية كمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وكذلك مبدأ (عدم رجعية العقوبات) ومبدأ (شخصية العقوبة) ومبدأ (عمومية العقوبة أو المساواة أمامها) كما تعرف الشريعة الاسلامية نظريات الشروع في الجريمة والاشتراك فيها والقصد الجنائي والمسئولية الجنائية

والضرورة والاكراه والدفاع الشرعى وتعدد الجرائم وتداخلها والعود ..

أنواع العقوبات في الشريعة الاسلامية

وتنقسم العقوبات فى الشريعة الاسلامية الى ثلاثة أنواع هى :

(١) عقوبات الحدود .

(٢) عقوبات القصاص والدية والأرش .

(٣) التعازير .

وموضوع بحثنا هو أحكام الأرش ويدخل فى النوع الثانى .

معنى الأرش لغة[١] :

الأرش من الجراحات هو ما ليس له قدر معلوم وقيل هو دية الجراحات وأروش الجنايات والجراحات جائزة لها عما حصل فيها من النقص وسمى أرشا لأنه من أسباب النزاع يقال أرشت بين القوم اذا أوقعت بينهم والمأروش أى المخدوع وقيل الأرش هو الدية .. .

وقيل الأرش من الجراحات كالشجه ونحوها وقيل أصل الأرش الخدش ثم قيل لما يؤخذ دية لها أرش وقيل أنه ما يؤخذ من الواطىء ثمنًا لوطء المرأة ويطلق أيضا فى المعاملات المدنية على ما يدفع عن العيب فى السلفة. نسمى ما نقص العيب الثوب أرشًا إذا كان سببًا للأرش . وجمع الأرش أروش .

الفرق بين الأرش والدية وحكومة العدل :

الأرش هو جزء من الدية مقرر سلفًا .

والدية هى التى تدفع فى جرائم القتل وهى ألف دينار ذهب أو مائة من الابل .

وحكومة العدل هى تعويض عما لحق المجنى عليه من الألم فيما لا يستطاع القصاص فيه وتفترق عن

الأرش فى أن الأرش هو جزء من الدية مقرر سلفًا أما حكومة العدل فغير مقررة ويرجع تقديرها الى القاضى بحسب كل حالة على حدة .

الحالات التي يجب فيها الأرش

يجب الأرش فى الحالات الثلاث الآتية :

(١) اذا سقط القصاص بسبب فوات العضو أو بالعفو عن الجانى أو بالصلح معه .

(٢) اذا تعذر القصاص بسبب من الأسباب .

(٣) برغبة المجنى عليه .

وقد كتب النبى ﷺ الى أهل اليمن كتابًا فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو ابن حزم فقرئت على أهل اليمن وهى :

(من محمد النبى الى شرحبيل بن عبد كلال ونعيم ابن عبد كلال أما بعد فان من اعتبط مؤمنًا قتلاً عن بينة فانه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول فان النفس بالنفس الدية مائة من الابل وفى الأنف اذا أوعب جدعًا الدية وفى اللسان الدية وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية وفى الذكر الدية وفى اصلب الدية وفى العينين الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية وفى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية وفى المنقلة خمس عشرة من الابل وفى كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل وفى السن خمس من الابل وفى الموضحة خمس من الابل وأن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار) .

أنواع الأرش

الأرش نوعان هما :

(١) أرش الأعضاء .
(٢) أرش الجراح .

أولاً : أرش الأعضاء

القاعدة أن فى النفس دية كاملة وفى الأعضاء الثلاث اللسان والأنف والذكر والصلب الدية كاملة وفى العقل والسمع والبصر والشم والذوق والحواس الدية كاملة .

والأعضاء على خمسة أنواع فمنها ما هو أفراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو أرباع ومنها ما هو أعشار ومنها ما يزيد على ذلك ففى كل واحد من الأفراد كاللسان والأنف والذكر والصلب تجب الدية وفى كل نوع من المزدوج كالرجلين واليدين والعينين والمنخرين والشفتين تجب نصف الدية وفى الأرباع كأجفان العين وأهدابها ربع الدية وفى الأعشار كأصابع اليدين أو الرجلين عُشر الدية .

وفى كل اثنتين من البدن فى فواتهما كمال الدية يكون فى فوات أحدهما أرش مقدر بنصف الدية كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والأنثيين وثديى المرأة والحلمتين لفوات جنس منفعة الأرضاع وفى احداهما نصف الدية سواء قطع الحلمة من ثدى المرأة أو قطع الثدى وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدى تبع لأن المقصود من الثدى وهو منفعة الارضاع يفوت بفوات الحلمة .

والحاجبان اذا لم تنبتا والشفتان فيهما الدية .

وفى ذكر الرجل الدية كاملة لأن فيه تفويت منفعة جسمه من الوطء والايلاج . واستمساك البول والرمى به ودفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة وفى الأنثيين الدية كاملة .

واذا انتقلنا الى الفروع فانه يمكن اجمال أحكامها فيما يأتى :

(١) الشفتان :

فى الشفتان الدية كاملة لأنهما عضوان ليس فى البدن مثلهما ففيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانهما طبق على الفم تقيانه ما يؤذيه ويستران الأسنان ويردان الريق وينفخ بهما الكلام فان منهما بعض مخارج الحروف .

وفى كل واحدة منهما نصف الدية سواء العليا أو السفلى وأن أشلهما ففيه الدية كاملة .

(٢) الأذنان :

المشهور عند الامام مالك رضى الله عنه أنه لا تجب فى الأذنين الدية كاملة الا اذا ذهب السمع فان لم يذهب ففيهما حكومة عدل .

ويرى الحنابلة أن قطع بعض احدى الأذنين يجب فيها الدية بقدر ما قطع ففى نصفها نصف ديتها وفى ربعها ربع الدية وعلى هذا الحساب سواء قطع من أعلى الأذن أو أسفلها .

وتجب الدية فى أذن الأصم لأن الصمم نقص فى غير الأذن فلم يؤثر فى ديتها كالعمى لا يؤثر فى دية الأجفان .

(٣) الحاجبان وأشفار العين والأهداب والأجفان :

فى أشفار العين الدية وفى احداهما ربع الدية وذلك لأنه تفويت للجمال على الكمال وحبس المنفعة وهى منفعة الأذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب فى الكل كل الدية وهى أربعة كان فى احدها ربع الدية وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها .

وسواء فى ذلك قطع الشعر وحده أو قطع معه الجفن وهذا رأى الحنفية والحنابلة .

وأما الحاجبان ففيهما عند مالك الشافعى حكومة عدل وكذلك فى أشفار العين. وذلك لأنه لا مجال عندهم للقياس فيما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالأصل أن فيه حكومة عدل كذلك الحواجب ليست أعضاء لها منفعة وإلا فعل .

وأما الأجفان فعند مالك فى جفن العين حكومة وكذلك فى الحاجب .

أما الشافعى فيرى فى كل واحد من الأجفان ربع الدية لأنه لا بقاء للعين بدون الأجفان .

(٤) العيـن :

وفيها التفصيل الآتى :

(١) العين القائمة :

اختلف العلماء فى ديتها فمالك والشافعى وأبو حنيفة يرون العين القائمة الشكل التى ذهب بُعدها حكومة عدل .

وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا فى العين القائمة الشكل بثلث الدية .

وأحمد بن حنبل يرى فى ذهاب العينين الدية كاملة وفى ذهاب عين واحدة نصف الدية .

(٢) عين الأعور السليمة :

وفيها قولان الأول بأن الدية كاملة وهذا رأى مالك والحنابلة .

والثانى بأن فيها نصف الدية وهو قول الشافعى وأبو حنيفة .

(٣) أرش ضعف البصر :

ويكون فى حالة اضعاف البصر هى دية ما نقص من بصره وإن كان نقص البصر نتيجة لضربة وكانت الشجه يجب بها أرش مقدر كالموضحة فى الحاجب ، فانه يكون أرشها مع دية ما نقص من البصر لأن أرش الموضحة أمر ثابت بنفسه .

(٤) أرش الأنف :

اذا كان الأنف قد جدع ففيه الدية كاملة أما اذا قطع بعض أنفه فبقدره من الدية . وإن قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية وفى المنخرين ثلثاهما وفى الحاجز بينهما الثلث . وفى زوال الشم الدية كاملة . وإن أشل الأنف دون ذهاب الشم ففيه حكومة عدل .

(٥) أرش اللسان :

فى اللسان الناطق الدية كاملة ، اذا فقد النطق أما اذا منع بعض الكلام ففيه بقدر ما منع من الكلام . واذا ترتب على الفعل اذهاب الذوق كله ففيه دية كاملة وإن نقص الذوق فالدية بقدر ما نقص . وان قطع لسان أخرس ففيه حكومة عدل .

(٦) أرش الأصابع :

فى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عُشر الدية أى عشر من الابل . وفى أصابع الرجلين كلها الدية كاملة . وتقدر الدية كذلك سواء قطع أصابع اليد وحدها أو قطع الكف ومعها الأصابع وكذلك القدم مع الأصابع . كذلك يجب الأرش كاملاً اذا ضرب يده فشلت حتى لا ينتفع بها .

(٧) أرش الأسنان :

فى كل سن خمس من الابل لقوله ﷺ (وفى كل سن خمس من الابل) والأسنان والأضراس كلها سواء .

(٨) أرش قرع الرأس :

قال أحمد بن حنبل أنه فى هذه الحالة تستحق الديـة كاملة .

ثانيًا : أرش الجراح

وأرش الجراح على التفصيل الآتى :

(١) ما دون الموضحة :

والموضحة هى التى توضح العظمة حتى يبدو ويظهر . وما دون الموضحة من الشجاج هو الدامية وهى التى ينزل منها الدم أى يسيل وتسمى الدامعة أيضًا والخارجية وهى التى تشق الجلد قليلاً ولا تدميه والباضعة وهى التى تشق اللحم بعد الجلد والمتلاحمة وهى التى تترك فى اللحم والسمحاق وهى التى بينها وبين العظم قشرة ، وكل هذه الشجاج ليس لها أرش يقدر وإنما حكومة عدل لأن الأصل فى الجراح الحكومة إلا ما حددت فيه السنة حدًا . ويشترط لحكومة العدل فيما دون الموضحة أن تبرأ على شين . وذلك على خلاف فقد قيل أن عدم وجود الشين لا يعفى من حكومة العدل بقدر الألم أو أجر الطبيب .

وفى رواية عن زيد بن ثابت أن أرش الدامية بعير والباضعة بعيران والمتلاحمة ثلاثة أبعرة والسمحاق أربعة .

(٩) الموضحة :

والموضحة كما سبق وأوضحنا هى التى توضح العظم حتى يبدو ويظهر وتكون فى الرأس أو فى الوجه . وإذا كانت الموضحة بطريق العمد ففيها القصاص أما اذا كانت خطأ ففيها خمس من الابل . وفى رواية عن أحمد أن موضحة الوجه تضعف على موضحة الرأس فيجب فيها عشر من الابل لأن شينها أكثر . ويرى مالك أنها إن كانت فى الأنف أو اللحى الأسفل ففيها حكومة عدل لأنها فى هذه الحالة تشبه موضحة سائر البدن .

ثالثًا : أرش باقى الشجاج

وهى الهاشمة والمنقلة والمأمومة والجائفة :

(١) والهاشمة وهى التى توضح العظم وتهشمه وفيها عشر الدية .

(٢) والمنقلة وهى التى توضح وتهشم وتنقل عظامها ليلتئم وفيها عشر الدية ونصف العشر أى خمس عشرة من الابل اذا كانت خطأ .

(٣) والمأمومة هى شجاج الرأس وهى التى تصل الى جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ ، لأنها تجمعه فى الشجة الواصلة اليها وتسمى مأمومة وفيها ثلث الدية .

(٤) والجائفة وهى التى تصل الى الجوف فيها ثلث الدية اذا وقعت فى الظهر أو البطن ، أما اذا وقعت فى غير ذلك من الأعضاء فنفذت الى تجويف عضو من الأعضاء ففيها ثلث دية ذلك العضو .

(٥) وإن اجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلث الدية .

(٦) وإن خرقه من جانب فخرج من الجانب الآخر ففيهما جائفتان .

(٧) وإن طعنه فى هذه فوصل الى فمه ففيه حكومة عدل .

(٨) فان طعنه فى وجنته فكسر العظم فليس بجائفه وإنما يكون عليه دية هاشمة لكسر العظم وفيما زاد حكومة عدل .

(٩) وإن جرحه فى فخذه فوصل الجرح الى جوفه أو أوضحه فوصل الجرح الى قفاه فعليه دية جائفه وموضحه وحكومة عدل لجرح القفا والفخذ .

(١٠) وعدا ما تقدم من الجروح وكسر العظام مثل

العصعصى ففيه حكومة عدل .

أرش المضروب حتى يحدث

من ضرب انسانًا حتى أحدث سواء كان الحدث ريحًا أو غائطًا أو بولاً أو أفزعه حتى أحدث فقد ذهب الأئمة الى أنه لا شيء فيه ولكن عثمان رضى الله عنه قضى فيه بثلث الدية .

أرش المرأة

هناك خلاف بين الفقهاء فى أرش المرأة على النحو الآتى :

فجمهور الفقهاء فى المدينة يرى تساوى المرأة مع الرجل فى عقلها من الشجاج والأعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية ، فاذا بلغت ثلث الدية عادت وديتها الى النصف من دية الرجل ففى كل أصبع من أصابعها عشر من الابل وفى اثنين منها عشرون وفى ثلاث ثلاثون وفى أربع عشرون وبذلك قال مالك وأصحابه .

وقالت طائفة بل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل .

وقال آخرون بل دية المرأة فى جراحها وأطرافها على النصف من ديه الرجل فى قليل ذلك وكثيره وهو قول على رضى الله عنه وأبو حنيفة والشافعى .

ما تتحمله العاقلة من الأرش

قال الحنفية أن الأرش تتحمله العاقلة اذا بلغ نصف عشر الدية فصاعدًا أما ما دون ذلك فيكون فى مال الجانى ورأى عن أبو حنيفة أن العاقلة تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية . وقال الشافعى العاقلة تتحمل القليل والكثير لأن التحمل من العاقلة لتفريط منهم فى التحفظ والنصرة .

وقال مالك وفقهاء المدينة أن العاقلة لا تحمل الا الثلث فما زاد .

الأرش فى الأعضاء القائمة منافعها

فى مذهب الحنفية فى لسان الأخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء وذكر العِنِّين حكومة عدل . وذلك لأن منافع هذه الأعضاء كانت فائتة قبل الجناية وبالتالى فلا يجب الأرش .

وقال الامام مالك رضى الله عنه أن فيها الأرش كاملاً لأن فى قطعها تفويت الجمال الكامل والجمال مطلوب من الآدمى كالمنفعة . ويقول الحنفية أن فيها حكومة عدل .

أرش الجنين

أرش الجنين يسمى غره وتقدر بنصف عشر دية الرجل لو كان الجنين ذكرًا وعشر دية المرأة لو كان الجنين أنثى .

وقد تكلم الفقهاء فى فروض مختلفة وهى :

(١) اذا ألقت الأم الجنين حيًا فمات فدية كاملة لأنه أتلف آدميًا خطأ .

(٢) وإن ألقته ميتًا فماتت الأم فدية وغرة لأن الفعل يتعدد بتعدد أثره .

(٣) وإن ماتت الأم فألقته ميتًا فدية فقط .

وقال الشافعى يجب الغرة مع الدية .

وقال مالك ليس فى جنينها شيء حتى تقذفه

(٤) واذا ألقته حيًا بعد ما ماتت يجب عليها ديتان دية الأم ودية الولد وعند مالك

لا شيء اذا ماتت الأم ثم خرج الجنين ثم مات وإنما يجب في أمه الدية .

مقدار الغرة :

الغرة نصف عشر دية الرجل أو عشر دية المرأة ولم يجز البعض أن تقوَّم الغرة بالابل وأجاز البعض ذلك .

وتجب الغرة على العاقلة وقال مالك تجب في مال الجاني .

تلك هي أحكام الأرش في الشريعة الاسلامية وقد صيغت بميزان العدل والقسطاس من لدن حكم قدير سبحانه وتعالى إنه نعم المولى ونعم النصير .

المراجع

١ - المغنى لابن قدامة .

٢ - الشرح الصغير للدردير .

٣ - الدية في الشريعة الإسلامية للدكتور فتحى بهنسى .

حقوق الانسان والحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية
(دراسة مقارنة)

للاستاذ الدكتور/ حسني درويش عبد الحميد
المستشار بمجلس الدولة

مقـدمة :

نظرة الى حقوق الانسان فى الفكر المعاصر والشريعـة الاسلامية

ان ما يتردد اليوم من مفاهيم وافكار حول حقوق الانسان وحرياته ان هو ، فى واقع الامر الا حقيقة ولدت مع الانسان عبر تطور فلسفى وسياسى واجتماعى طويل(١) .

ويرجع الاهتمام بحقوق الانسان الى انها من أغلى القيم التى يحرص الفرد عليها ، ويسعى جاهدا لحمايتها ، والذود عنها لانها تمثل ثمرة كفاح البشرية خلال سنوات تاريخها ، والاساس الحقيقى للمجتمعات المثالية .

وحقـوق الانسان فـى عصرنا الراهن تمثل رمزا للتطور والارتقاء وعلامة من علامات التقدم ، ولهذا فقد حظيت بالرعاية من جانب الوثائق الدستورية والتشريعات الوضعية فى الانظمة السياسية المعاصرة(٢) .

وأنه على الرغم من هذه الاهمية ووضوحها ، فقد اختلف الفقه بشأن تحديد مفهوم هذه الحقوق وموضعها بين الانواع المختلفة للحقـوق . وهو مادى الى تعدد واختلاف الاسس الفكرية والفلسفية التى قامت عليها وتنوع واختلاف مضمونها فى الايديولوجيات المعاصرة .

وقد جرت محاولات فقهية لتصنيف حقوق الانسان وقد انتهت الى تقسيمها الى فئات ثلاث .

الفئة الاولى :

الحقوق المدنية والسياسية :

وهى تلك التى تفترض ، بصفة عامة ، امتناعا من جانب الدولة حتى يمكن احترامها ويدخل فى هذه الفئة الحق فى الحياة والحرية وحماية المراسلات واحترام الحياة الخاصة وحرية الرأى ، والتعبير والاجتماع .

الفئة الثانية :

الحقـوق الاقتصادية والاجتماعية :

وهى تلك التى تتطلب ، على العكس من الفئة الأولى ، تدخلا من جانب الدولة حتى يمكن كفالة التمتع بها ، كالحق فى العمل والتأمين الاجتماعى والحق فى التعليم والحق فى الصحة .

الفئة الثالثة :

وهى فئة الحقوق التى اقتضتها ضرورات الحياة المعاصرة بمشكلاتها المتنوعة نتيجة للتقدم العلمى الهائل فى كافة المجالات . ويدخل فى نطاق هذه الفئة الحق فى بيئة نقية والحق فى الهدوء والحق فى التنمية .

وهذه الفئة الاخيرة من الحقوق لم تتم صياغتها بعد ، فانها تكتسب أهمية كبرى فى المستقبل بوصفها ترجمة لتغيرات كبيرة فى مفاهيم الحياة فى جماعة ، كما أنها

تتطلب مساهمة فعالة من جانب الافراد والجماعات بالاضافة الى الدولة حتى يمكن كفالتها وتحقيق التمتع بها .

واذا كانت حقوق الانسان قد نالت من الاهتمام مبلغا كبيرا فى اعلانات الحقوق والدساتير المعاصرة ، فان الاسلام – قد شرع منذ اربعة عشر قرنا حقوق الانسان فى شمول وعمق واحاطها بضمانات كافية لخمايتها ، وجعلت الحرية الشخصية واجبا على الفرد والزاما له ، وليست مجرد رخصة له ان يتمتع بها او لا يتمتع ، اذ أن التمتع بالحقوق التى اقرها الاسلام واجب على الناس يأثمون بتركها ، كما اقرت العدل فى المجتمعات البشرية . كما اقر الاسلام للفرد الحماية والصيانة من ان يسفك دمه أو ينتهك عرضه أو يغتصب ماله أو يقتحم مسكنه أو يتحكم فى ضميره قسرا ، أو ان تعطل حريته خداعا أو مكرا ، ولا جدال فى ان اقرار مثل هذه الحقوق الانسانية يمثل الدرع الواقية من نزوات المستبدين الظالمين .

ويظل الفرد مشمولا بتلك الحماية حتى ينتهك هو احد حقوق الغير بارتكاب جريمة ما فيرفع عنه جانب من الحماية بقدر جريمته ونبقى له الجوانب الاخرى(٣) .

وتلكم نظرة عن حقوق الانسان وتقسيماته ، سواء فى الوثائق والدساتير المعاصرة أو فى الشريعة الاسلامية .

وننتقل الى الحديث عن موضوع دراستنا

«الحريات المتعلقة بمصالح الافراد المادية»(٤) .

الحريات المتعلقة بمصالح الافراد المادية

الحرية كما عرفتها المادة الرابعة من اعلان حقوق الانسان الذى اصدرته فرنسا سنة ١٧٨٩ هى . «قدرة الانسان على اتيان عمل لا يضر بالآخرين . ويجب ان تكون الحرية للمواطنين جميعا لا تفرقة بينهم ولا تمييز . واذا جاز تحديد الحرية الفردية أو تنظيمها ، فانما يكون ذلك بقصد عدم اضرار الشخص فى ممارسته لحريته لغيره ، أو عدم منعه من ممارسته لحريته هو الآخر فليس الغرض من تقييدها وتنظيمها إلا الأبقاء عليها وصيانتها من العبث والفوضى .

وإذا لم يكن إعلان الحقوق الفرنسى قد حدد مضمون الحرية وحدودها ، فانه قد ترك التحديد للقوانين الوضعية بشرط إلا يكون الغرض من التحديد الاضرار بالغير وبشرط أن يكون حدود التنظيم عامة غير تحكمية .

وتنقسم الحريات الفردية إلى قسمين رئيسيين ، الأول يجمع الحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية ، ويجمع الثانى الحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المعنوية .

وتقتصر دراستنا على حريات القسم الأول ألا وهى الحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية وتنقسم دراستنا – فى هذا الصدد – على النحو التالى : –

مبحث أول : الحرية الشخصية .

مبحث ثان : حرمة المسكن .

مبحث ثالث : حرية الأمن

مبحث رابع : حرية التنقل

مبحث خامس : حرية العمل .

مبحث سادس : حرية التملك .

مبحث أول الحرية الشخصية

الحرية الشخصية هي الحرية بمعناها الدقيق ، هي التي تقيد تمتع الفرد بحريته الجسمانية وحريته في التنقل داخل الدولة والخروج منها ، وكذلك حقه في الأمن بعدم جواز القبض عليه أو حبسه أو اعتقاله ، إلا طبقاً للقانون وفي الحدود والإجراءات التي يقررها .

وتأتي الحريات الشخصية في مقدمة الحريات باعتبارها لازمة لامكان التمتع بغيرها من الحريات العامة ، بل انها تعد شرط وجود لغيرها من الحريات الفردية والسياسية على السواء ، فلا قيمة لتقرير حق الانتخاب مثلا اذا لم يتقرر بجانبه حق الفرد في التنقل وفي عدم جواز القبض عليه أو حبسه أو ابعاده بغير مسوغ قانوني فإذا كان للجهة الادارية سلطة مطلقة في القبض على الأفراد او حبسهم أو منعهم من التنقل من مكان الى آخر مثلا فإنها تستطيع أن تحرم خصومها من ممارسة حقوقهم الانتخابية بمنعهم من الذهاب الى مقار اللجان الانتخابية سواء باعتقالهم أو بحرمانهم من حرية التنقل . كذلك لا يكون لتقرير حرية التجارة والصناعة والتملك قيمة اذا سلب الفرد مكنة التنقل اللازمة لأجراء عمليات البيع والشراء والتعاقد ، أو اذا حبس وامتنع عليه امكان الاتصال بمن يريد التعامل معهم . فالحرية الشخصية تمثل في الواقع مركز الدائرة بالنسبة الى جميع الحريات الأخرى(٥) .

وفي نظر البعض(٦) الحرية الشخصية هي حرية الفرد الجسمانية وحريته في التنقل داخل الدولة والخروج منها والعودة اليها كلما اراد ، وكذلك حقه في الأمن بمعنى عدم جواز القبض عليه او حبسه أو معاقبته إلا بمقتضى القانون وفي الحدود التي يقررها القانون .

والحرية الشخصية – في قضاء مجلس الدولة(٧) – حق أصيل للانسان ، وجماع ما في العالم من مزايا وصفات ، نشأت منذ الخلق الأول وتمشت مع تطور الحياة جنبا الى جنب ، فاذا ما نصت عليها الشرائع فانما لتأكيدها وتمكين أصولها ثم توجيهها وتنظيمها لخير الافراد ورعاية للصالح العام .

وترتيبا على ذلك فان الحرية الشخصية حق مقرر لا يجوز الحد منه أو انتقاصه إلا لمصلحة عامة في حدود القوانين واللوائح ودون تعسف أو انحراف في استعمال السلطة ، وقد كفلتها دساتير العالم اجمع وقررت لها من الضمانات ما تسمو بها عن المآرب الشخصية وتنأى بها عن الهوى وتكفل لابناء البلاد جميعا تمتعهم بحقوقهم الفردية ، وهي لا تتقبل من القيود إلا ما كان يهدف منها للخير المشترك للكافة ورعاية الصالح العام .

ولقد توافر النص على الحرية الشخصية في الدساتير المصرية(٨) وآخرها دستور ١٩٧١ اذ نص في المادة ٤١ منه أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ..

وقد أقر الاسلام في مجموعة احكامه هذه الحرية فآمن الناس على انفسهم ومن أنفسهم ومن غيرهم وحرم الحجر على حرياتهم ، بل أن الاسلام قد نهى عن المخاطرة بالنفس ، وقال تعالى «ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة» .

مبحث ثان : حرمة المسكن

يعد حق الانسان في حرمة مسكنه من أغلى حقوقه

واقربها الى ذاته وهو يشمل حقه فى الا يقتحم مسكنه أو تفتيشه الا فى الأحوال التى ينص عليها القانون ، لأن المسكن بالنسبة للانسان هو مكنون سره ومستودع خصوصياته ، والمسكن هنا لا يقتصر على المنزل الذى يقيم فيه الشخص اقامة دائمة ، بل ينصرف الى كل مكان يقيم فيه الشخص . سواء بصفة دائمة أو بصفة عرضية . وسواء كان مالكا له أو مستأجرا اياه أو يقيم فيه على سبيل التسامح من مالكه .

وتعتبر حرمة المساكن نتيجة مباشرة للحرية الشخصية وضرورة لازمة لضمان هدوء الشخص وعدم اقلاق راحته . ولذلك لم ينص فى اعلان الحقوق على حرمة المسكن .

ولقد ورد النص على حرمة المسكن فى الدساتير المصرية السابقة[٩] .

وتنص المادة ٤٤ من دستور ١٩٧١ على ان للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون .

وإذا ما رجعنا إلى القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ باصدار قانون الاجراءات الجنائية يبين أنه أورد فى الفصل الرابع منه تحت عنوان « فى دخول المنازل وتفتيشها وتفتيش الاشخاص ، وتنص المادة ٤٥ من هذا القانون على أنه لا يجوز لرجال السلطة الدخول فى أى محل مسكون إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ....» .

وتنص المادة ٤٧ من ذات القانون على أن : «لمأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم» .

وقد اطردت أحكام محكمة النقض[١٠] الى أن الأصل أنه محظور على رجال السلطة الدخول فى أى محل مسكون إلا فى الأحوال التى يبينها القانون . أما فى حالة التلبس بجناية أو جنحة فقد خول القانون مأمور الضبط القضائى بتفتيش منزل المتهم أو توافر الدلائل الكافية التى تجيز القبض أو التفتيش .

إلا أن المحكمة الدستورية العليا[١١] قضت بعدم دستورية نص المادة ٤٧ من قانون الأجراءات الجنائية المشار إليها ، استنادا إلى أن الدستور المصرى قد حرص على كفالة الحرية الشخصية لاتصالها بكيان الفرد ووجوده ، فأكدت المادة (٤١) من الدستور على أن الحرية الشخصية حق طبيعى وعلى أنها مصونة لا تمس ، كما نصت المادة (٤٤) على أن للمساكن حرمة وأكدت المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطن الخاصة حرمة يحميها القانون ، والدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ لم يكتفى بهذه الحماية الدستورية بايراد ذلك فى عبارات عامة ، كما كانت تنص من قبل الدساتير السابقة والتى كانت تترك للمشرع العادى سلطة لا قيود عليها فى تنظيم هذه الحريات ولكن اتى بقواعد أساسية تقرر عدة ضمانات بهذه الحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرمات وحريات وارتفع بها الى مصاف القواعد الدستورية .

كما قضت المحكمة أن الدستور المصرى توفيقا بين حق الفرد وبين حريته الشخصية وحرمة مسكنه وحياته الخاصة من ناحية وبين حق المجتمع من ناحية أخرى فى القصاص من الجانى وجمع أدلة ثبوت الجريمة

ونسبتها إليه من نفس أخرى فقد أجاز تفتيش الشخص أو المسكن كأجراء من اجراءات التحقيق بعد أن احاطه بضمانات معينة لا يجوز اهدارها .

ومؤدى هذا القضاء الدستورى أنه محظور على مأمور الضبط القضائى تفتيش منزل المتهم فى حالة التلبس بجناية أو جنحة إلا بأذن من النيابة أو بأمر قضائى وذلك تأكيدا على أن للمساكن حرمة لا يجوز اقتحامها إلا وفق إجراءات وضمانات معينة لا يجوز اهدارها . ومخالفة هذه الأجراءات وتلك الضمانات يرتب بطلان الأجراء .

حرمة المسكن فى الشريعة الاسلامية :

المسكن هو المكان يأوى إليه الأنسان ، ولحرمته أهمية خاصة فى الأسلام لا لأنه المأوى ومكان السكن والأستقرار ، ولكن لأنه فى ذات الوقت المكان الذى يتحرك فيه الاسرة دون حرج من عبث الغير بنظراته وتطفله .

ومن أجل ذلك بسطت الشريعة الأسلامية للفرد ضمانات حماية حياته الخاصة والأسرية من التدخل التعسفى ، ومن الحملات الماسة بالشرف أو السمعة بحيث لا يجوز لأى فرد أن يقتحم تلك الخلوة إلا بأذن صاحبها .

ولحرمة المسكن فى الأسلام أهمية خاصة ، لذلك تقف الشريعة الأسلامية موقفا حازما من أجل صيانة تلك الحرمة ، فهو مستودع اسرار صاحبه ، ومعقل خصوصياته وواحته التى يناجى فيها نفسه . ومن هنا يحرم دخول مسكن الغير فى غيبة صاحبه أو فى حالة رفضه دخوله . وقد وجد هذا الحق الأنسانى الأصيل سنده الاساسى فى قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها . ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ★ فان لم تجدوا فيها احدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو ازكى لكم والله بما تعملون عليم»(١٢) .

ولقد جاء هذا النص القرآنى الشريف صريحا ومباشرا فيما يتعلق بحرمة المسكن فنهى الفرد عن دخول مسكن الغير حتى يستأذنه أولا ، بل حتى يستشعر الترحاب والقبول ، فإذا لم يسمح صاحب المسكن له بالدخول فعليه أن يرجع دون أن يترك ذلك أى أثر فى قلبه ، فلا يكفى بأن يتم الأذن تحت ضغط الحياء ، فشرط الاستئناس هنا اعمق وابعد أثرا من الاستئذان ، وأهمية تمتع الفرد بهذا الحق نابعة من كون المسكن هو المكان الذى يأوى إليه الانسان ويستقر فيه ، وهو الذى تتحرك فيه الاسرة بحرية مطلقة دون خوف أو حرج من عبث الناظرين وتطفلهم . ولذلك اعتبرت الشريعة الأسلامية وجود الشخص فى مسكن غيره دون أن يتضح قصده من الدخول ودون أن يكون هذا الخول برضاء صاحب الحق جريمة تستحق التعزيز(١٣) .

إلا أن هذا الحق غير مطلق ، وانما هو مقيد بحقوق الجماعة ودون اعتداء أو إضرار بمصالح الآخرين ، فالفرد حر فى ممارسة حقه تحقيقا لمصلحته دون أن يضر بمصلحة الجماعة وإلا كان متعسفا فى استعمال الحق . وعلى ذلك إذا كان لا يجوز دخول مسكن الغير دون استئذان صاحبه إلا أنه ليس هناك ما يمنع – استثناء دخول

المسكن الخاص دون اذن إذا اقتضت مصلحة الجماعة ذلك .

وكما للمسكن الخاص من حرمة لا يجوز انتهاكها إلا فى أحوال محددة وبشروط خاصة تحرم الشريعة الأسلامية التجسس والتلصص لهتا وراء تكشف عورات الناس وسرية احاديثهم وفى هذا يقول رب العزة «يأيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم ، ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا» بل ان التجسس اجراء محرم حتى ولو كان الغرض منه تحقيق هدف مشروع . فالغاية فى الشريعة الاسلامية تأخذ حكم الوسيلة بمعنى أنه يلزم أن تكون الوسيلة والغاية مشروعتين .

ولقد أيدت السنة النبوية الشريفة هذا الحق الانسانى الاصيل وذلك فى قول نبينا الكريم « اياكم والظن فان الظن اكذب الحديث ، ولا تجسسوا ولاتحاسدوا ولا تباغضوا ، وكونوا عباد الله اخوانا» .

مبحث ثالث : حق الأمن

يعنى حق الأمن عدم جواز القبض على أى شخص أو اعتقاله أو حبسه إلا فى الحالات المنصوص عليها فى القانون وبالضمانات والاجراءات التى حددها[١٤] .

ولقد عنت المواثيق واعلانات الحقوق بالنص على حق الأمن ونصت المادة الثانية من إعلان ١٧٨٩ على حق الأمن كحق اساسى لأن هدف كل مجتمع سياسى ، هو صيانة حقوق الانسان الطبيعية الخالدة ، وهذه الحقوق هى الحق فى الأمن ، وفى مقاومة الظلم ، كما قضت المادة السابعة منه على أنه «لا يجوز اتهام أحد أو القبض عليه أو حبسه ، إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون ووفقا للاجراءات المنصوص عليها .

واستمر النص على حق الأمن يتكرر فى الدساتير وإعلانات الحقوق الفرنسية المتعاقبة[١٥] ولقد تواتر النص على حق الأمن فى الدساتير المصرية[١٦] .

وأكد دستور ١٩٧١ هذا الحق بالنص عليه فى االمادة (٤١) على أن : «الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة ولا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض – على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون . ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطى .

كما تنص المادة ٤٢ من ذات الدستور على أن «كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ كرامة الأنسان ولا يجوز ايذاؤه بدنيا أو معنويا ، كما لا يجوز حجزه أو حبسه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون . وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شيىء مما تقدم أو التهديد بشىء منه يهدر ولا يعول عليه .

وقضت المحكمة الادارية العليا[١٧] تفسيرا لما تقدم من النصوص أنه لا يسوغ الأعتداء على الحريات العامة والمساس بحق كل مواطن فى الأمن والحرية وضماناته الدستورية المقررة ضد القبض والأعتقال التعسفى وكرامة الفرد وعزته وحريته دعامة لا غنى عنها فى مكانة المواطن وهيبته .

تطبيقات حق الا...

على مجلس الدولة بحق الأمن في الظروف الاستثنائية. فأكدت أحكامه على أنه لا يجوز اقتحام منزل المواطن وتفتيشه والقبض عليه، وحبسه إلا في الأحوال التي يحددها القانون وإلا كان قرار الأدارة في هذا الشأن مخالفا للقانون واستحق التعويض المناسب.

فتقول المحكمة في أحد أحكامها[١٨] أن تعيين المدعي بشخصيته واسمه واتجاه البوليس إلى مسكنه ليلا واجراء تفتيشه والقبض عليه وحده دون افراد عائلته واعتقاله مدة ثلاثة أيام بقوله أن ذلك تم على أساس أن المدعي شرير يقبض عليه على هذا الاعتبار إلى أن انتهت المناسبة فأفرجت عنه – ترى فيه المحكمة ما يفيد صدور أمر إداري بالقبض على المدعي عبرت فيه الادارة عن قصدها وغرضها ونفذته باعتبارها ذات وظيفة، وإن القبض والأعتقال في حد ذاته وان كان من الأفعال المادية فإنه لم يكن إلا نتيجة لأمر إداري هو الذي وجه البوليس إلى هذا التصرف.

واستطردت المحكمة قائلة والأمر الذي صدر ضد المدعي وتنفيذه باقتحام منزله وتفتيشه والقبض عليه وحبسه ثلاثة أيام بغرفة الحجز بقسم عابدين بحجة أن المحافظة على الأمن العام في بعض المناسبات السياسية وغيرها تبرر اعتقال بعض الأفراد الذين قد يستغلون انطلاق حريتهم في ارتكاب حوادث تضر بالصالح العام. قد وقع مخالفا للقانون لتعارضه مع الدستور فيما قضى به من أن حريته الشخصية مكفولة وبأنه لا يجوز القبض على أي انسان ولا حبسه الا وفق أحكام القانون، وأنه لا يجوز أن يلزم مصري بالاقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة بالقانون ويكون المدعي محقا في طلب التعويض».

واتساقا مع ما تقدم قضت محكمة النقض أن القبض الذي يؤدي الى حرمان المجني عليه تماما من حريته في التجول متضمنا مجرد منعه من الذهاب الى مكان معين، ولا عبرة بمكان القبض فيستوي ايداع المجني عليه في سجن عام أو في مكان خاص أو اقتياده الى الشرطة أو بمنعه من مغادرة مسكنه، وسبب القبض هو ضبطه بجريمة متلبسا بها، فانه لا يعد تعرضا للحرية بغير حق[١٩].

كما أيدت المحكمة الادارية العليا[٢٠] هذا الأتجاه بقولها: «اذا ثبت أن القبض على المدعي كان تدبيرا من التدابير التي اتخذتها الادارة لاعتبارات تتعلق بالأمن العام، بناء على حالة واقعية كانت قائمة هي السبب الذي دعا الأدارة إلى اتخاذ هذه التدابير. فأفصحت عن ارادتها بالقبض عليه هو وغيره، فان هذا التصرف له كل مقومات القرار الاداري كتصرف اداري متجه إلى أحداث أثر قانوني، وهو القبض على الاشخاص بغاية من المصلحة العامة هي وقاية الأمن والنظام لسبب هو الحالة الواقعية التي كانت قائمة عندئذ وبهذه المثابة يختص القضاء الأداري بطلب التعويض عنه.

ولم يقتصر اتجاه القضاء في هذا الصدد على حد التعويض، بأن قضت بوقف تنفيذ قرار القبض على المدعي وحبسه[٢١].

نفاذا للحكم الصادر من المحكمة العسكرية العليا في

القضية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٥ - لاشتراكه (أى المدعى) مع مجهول بطريق التحريض والاتفاق والمساعدة فى اجراء تزوير مادى فى محرر رسمى هو شهادة الاعفاء بطريق الاصطناع (معاف نهائيا) وغير لائق للخدمة العسكرية - تأسيسا على ان تشكيل المحكمة قد شابه بطلان جوهرى ينحدر به الى درجة الانعدام - لعدم صلاحية أحد اعضائه لاصداره ولا يعد منتجا لأى أثر قانونى ، ومن ثم يكون قرار القبض على المدعى وحبسه نفاذا لهذا الحكم المعدوم قرارا غير قائم على سند قانونى يبرره واذا تم القبض على المدعى ولا زال رهن الحبس فان حرمانه من حريته على هذا النحو يرتب نتائج يتعذر تداركها بفوات الزمن . وخلصت المحكمة الى قضائها المتقدم .

كما عنى مجلس الدولة بحق الأمن عن الظروف غير العادية (الظروف الأستثنائية) وتتمثل هذه العناية فى بسط رقابته على القرارات المقيدة للحرية الشخصية (قرارات الاعتقال) ووزنها بميزان القانون وزنا مناطه استظهار مدى مشروعيتها ، فاذا استبان مخالفتها للقانون قضت بوقف تنفيذها والغاؤها ، والتعويض عنها اذا ما حاق الشخص الصادر ضده قرار الأعتقال اضرارا أدبية ومادية من جراء القرار .

وفى صدد هذا الحق ذهبت المحكمة[٢٢] إلى أن تقييد الحرية الشخصية هو بطبيعته من ابرز صور الاستعجال لما يترتب على هذا التقييد من نتائج يتعذر تداركها ، وفيما يتعلق بركن الجدية فانه يجب ان يكون القرار الذى تتخذه السلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية ، فى حدود الدستور والقانون ، خصوصا فى أمر يتصل بالحرية الشخصية ، قائما على سبب حقيقى يبرر اصداره مستمدا هذا السبب من وقائع صحيحة تنتجه وإلا فقد القرار أساسه القانونى .

وخطورة الشخص على الأمن والنظام ، لكى تكون سببا جديا يبرر اتخاذ مثل هذا الاجراء المقيد للحرية ، يجب ان يستمد من وقائع حقيقية منتجة فى الدلالة عن هذا المعنى . وان تكون هذه الوقائع أفعالا معينة يثبت ارتكاب الشخص لها ومرتبطة ارتباطا مباشرا بما يراد الاستدلال عليه بها ، وأن مجرد إنتماء المدعى - لو صح - إلى جماعة ذات مبادىء متطرفة أو منحرفة على الدستور أو النظام الأجتماعى .لا يعنى حتما وبذاته إعتباره من الخطرين على الأمن بالمعنى المقصود من هذا اللفظ على مقتضى قانون الأحكام العرفية ما دام لم يرتكب فعلا وشخصيا امورا من شأنها أن تصفه حقا بهذا الوصف .

كما رددت المحكمة[٢٣] فى حكم آخر ما انتهت إليه فى الحكم السابق عندما قبضت السلطات على أحد المواطنين واعتقلته زاعمة أنه إجراء اتخذته صونا للأمن والنظام على أثر الفتنة الهوجاء التى إجتاحت عاصمة البلاد فى يوم ١٩٥٢/١/٢٦ ، وذلك أن المدعى كما تقول الأدارة - خطر على الأمن والنظام ، إذ هو ينتمى إلى جماعة أنصار السلام وهى جماعة تعتنق عقائد ترمى إلى تغيير مبادىء الدستور الأساسية والنظم الأجتماعية وقد انتهت المحكمة إلى أن القرار المطعون فيه لا يستند الى

وقائع صحيحة ولا إلى أسباب جدية تبرره ، ومن ثم فهو مخالف للقانون .

وفى صدد حق الأمن ، اطرد قضاء القضاء الأدارى والادارية العليا على الحكم بالتعويض للمعتقل اذا ما لحقه أضرار مادية وأدبية من جراء صدور قرار الأعتقال .

ففى دعوى تخلص وقائعها فى أنه بتاريخ ١٩٥٤/١٠/٢٩ صدر قرار الحاكم العسكرى باعتقال المدعى حيث ظل معتقلا حتى افرج عنه فى يوليو سنة ١٩٥٩ ، وبتاريخ ١٩٦٠/٩/١٧ صدر قرار رئيس الجمهورية باعتقاله حتى أفرج عنه فى ١٩٦٦/١٢/٧ واستطرد المدعى أن القرارين المطعون فيهما لم يقوما على سبب حقيقى يبرره ، كما أن المدعى لم يتواجد ضمن حالة من حالات الاشتباه أو الخطورة على الأمن والنظام العام ، كما صدر القرارين لأسباب سياسية محضة لا علاقة لها بالصالح العام لقيام الخلاف العقائدى بين القائمين على السلطة وقت الأعتقال . واضاف المدعى أنه نتيجة لقرارى الأعتقال فقد أصيب باضرار مادية وأدبية الأمر الذى يطلب معه الحكم بتعويض عن هذه الأضرار وقضت المحكمة(٢٤) بتعويض المدعى مبلغ قدره خمسة عشر ألف جنيه كتعويض له عن الأضرار التى لحقت به نتيجة لقرارى الأعتقال المشار اليهما ، تأسيسا على أن القرارين المطعون عليهما صدرا استنادا إلى أن المدعى ينتمى إلى جماعة الأخوان المسلمين ومارس نشاطا مناهضا لصالح الجماعة المذكورة وأن هذا السبب لا يصلح أن يكون سندا مشروعا يبرر اعتقاله ، كما أن هذا النشاط المناهض لا يبرر الأعتقال ، ومن ثم يكون القرارين غير قائمين على سند من القانون وتتوفر بذلك ركن الخطأ من جانب الجهة الأدارية ، كما ترتب على القرارات الخاطئة أضرار مادية لحقت بالمدعى تمثلت فى حرمانه من مورد رزقه

وحملته نفقات كان فى غنى عنها لو لم تصدر قرارات باعتقاله ، كما لحقت بالمدعى اضرار أدبية تمثلت فيما أصابه من آلام نفسية نتيجة حرمانه من حريته طوال فترة الأعتقال وقد قضت المحكمة بالتعويض المتقدم .

وقد أكدت المحكمة الأدارية العليا ذلك(٢٥) ، بقولها أن القرار الصادر من الحاكم العسكرى فى ١٧ من أكتوبر سنة ١٩٥٤ باعتقال .... لم يتضمن الأسباب والوقائع التى تبرر هذا الأجراء كما لم يثبت بدليل أنه من ذوى الشبهة أو الخطرين على الأمن والنظام العام ، كما أن سبق اعتقاله لنشاطه الشيوعى لا يبرر اعادة اعتقاله ، ومن ثم يكون قرار اعتقاله قد صدر باطلا وقد نتج عنه مباشرة تقييد حرية المذكور واعاقته عن ممارسة حياته اليومية لاكساب عيشه وعيش من يعولهم فضلا عما فى هذا الاجراء من مساس بكرامته وانسانيته وجعله مستهدفا دائما لمثل هذا الأجراء الاستثنائى والمفاجىء مما يسبب له أبلغ الأضرار ومن ثم تقدر المحكمة بتعويضه بمبلغ الفين وخمسمائة جنيه عن الأضرار المادية والأدبية الناتجة عن اعتقاله .

حق الأمن فى الشريعة الاسلامية :

الأمن هو طمأنينة النفس وزوال الخوف ، وقد أشار

القرآن الكريم إلى أمن الجماعة فى قوله تعالى «وإذ قال ابراهيم رب اجعل هذا بلدا آمنا وارزق أهله من الثمرات من آمن منهم بالله واليوم الآخر ، قال ومن كفر فامتعه قليلا ، ثم اضطره إلى عذاب النار وبئس المصير»[٢٦] .

وأمن الجماعة في حقيقته أمن الفرد ، وأمن الفرد هو أمن الجماعة بلا تعارض بينهما ، ذلك لأن الأسلام فى تنظيمه ، يرى أن الأنسان الفرد هو شخصية مستقلة عن بنى جنسه ، وشخصيته يكون بها لبنة فى بناء المجتمع ، كما يتبين من قول الرسول «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته» فالأمام راع وهو مسئول عن رعيته[٢٧] .

ولقد اتفقت كلمة علماء الأسلام على أن العقوبات (الحدود والتعازير) مما لا تثبت بالرأى والقياس وأنها لا تثبت إلا بالنص وقد ورد فى القرآن الكريم « لا عدوان إلا على الظالمين» كما ورد قوله تعالى «فمن إعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» ففى النهى عن العدوان إلا على ظالم وفى الأمر بأن يكون الأعتداء على الظالم مماثلا لاعتدائه لا يزيد ، فى ذلك كله كفالة لحق الأمن[٢٨] .

كما إنه من المبادىء الشرعية الأساسية فى الاسلام نبذ اتهام الناس بالباطل أو أخذهم بالشبهات «يأيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين»[٢٩] وتفريعا على ذلك يقول أبو سيف ، لا يحل اخذ الناس بالتهم ، ولا ينبغى أن تقبل دعوى رجل على رجل فى قتل ولا سرقة ولا يقام عليه حد الا بينة عادلة أو باقرار من غير تهديد أو وعيد[٣٠] .

فلا يجوز فى الاسلام أن يقبض على أحد إذا لم تثبت عليه جريمة معينة ، والثبوت يعنى نهوض الحجة كالبينة السالمة من المطاعن ، فان أقامت الحجة على سبيل الحكم وانتفت الريبة وحصلت الشروط فهذا الثبوت .

مبحث رابع : حرية التنقل

تعنى حرية التنقل حق الفرد فى الانتقال من مكان الى مكان والخروج من البلاد والعودة إليها دون تقييد أو منع إلا وفقا للقانون .

والأصل فى حرية التنقل هو الأطلاق وقد استمرت بوصفها هذا ردحا طويلا من الزمن حتى بدأت تظهر المشاكل المترتبة على فتح الحدود بين البلاد بلا رابط أو ضابط وبات تطلب أمر تنظيمها وتدخل الدولة وتنسيق علاقات الانتقال بينها وضوابطه ، محلا للاتفاقيات والتنظيم عن طريق تأشيرات التصريح بالدخول أو المغادرة ووثائق السفر التى تضع أحكام هذه الاتفاقيات موضع التنفيذ[٣١] .

وهذه الحرية وتنظيمها يشمل الكافة ، دون استثناء وذلك فى نطاق من عدم التعارض أو الحجر عليها تحت ستار التنظيم أو منع دخول فئات معينة الى الوطن أو خروج آخرين دون انتهاج مبدأ المساواة فى حالة عدم وجود المانع القانونى لهذا التمييز[٣٢] .

ولقد حرصت المواثيق واعلانات حقوق الانسان النص على حق التنقل ، إذ نصت المادة الثانية منه على أن «إن هدف كل مجتمع سياسى هو صيانة حقوق الانسان الطبيعية الخالدة وهذه

الحقوق هى الحرية والملكية والحق فى الأمن وفى مقاومة الظلم» .

وورد النص على حق التنقل فى الدساتير المصرية[٣٣] وآخرها دستور ١٩٧١ ، إذ نص فى المادة ٥٢ منه على أن «للمواطنين حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة الى الخارج ، وينظم هذا الحق اجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد .

تنظيم حرية التنقل :

وعلى الرغم من أن لحرية التنقل هذا التقدير من جانب القضاء ، إلا أن هذا لم يمنعها من أن تقرز حق الدولة فى تنظيم هذه الحرية . إذ أن من المسلم به أن للدولة فى الحدود المتعارف عليها دوليا سلطانا مطلقا على اراضيها ، واستنادا إلى هذه السلطات فإن لها أن تنظم هذه الحرية ووضع القيود على ممارستها دون أن يصل الأمر إلى اهدارها كلية ، وبشرط أن تكون هذه القيود قد اقتضتها مصلحة عامة مثل المحافظة على الأمن العام أو على سلامة الدولة فى الداخل والخارج أو لحماية الأقتصاد القومى[٣٤] .

فأصدرت المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ الخاص بجوازات السفر ، والذى تم الغاؤه بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن جوازات السفر والذى خول وزير الداخلية سلطة تقديرية فى رفض منح جواز السفر أو تجديده أو سحبه بعد اعطائه اذا قامت لديه اسباب هامة تبرر هذا القرار ، بلا معقب عليه اذا خلا تقديره من اساءة استعمال السلطة[٣٥] .

تطبيقات لحرية التنقل :

يتعين بادىء الرأى ، التنبيه إلى أن القضاء الأدارى تطور فى خصوص حرية التنقل ، وقد استهدف فى تطوره التوفيق بين المصالح المختلفة والمتعارضة (المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أو الفردية) ، وفى ملاحقة الظروف والتطورات السياسية والأقتصادية والأجتماعية التى تمر بها البلاد ، وذلك كله فى اطار مبدأ المشروعية[٣٦] .

وفى ضوء ما تقدم ، استقر قضاء المحكمة الادارية العليا على مبدأ مؤداه ان حرية التنقل من مكان الى آخر ، والسفر الى خارج البلاد ، هو مبدأ أصيل للفرد وحق دستورى مقرر لا يجوز المساس به دون مسوغ ولا الحد منه بغير مقتضى ولا تقييده الا لصالح المجتمع وحمايته والحفاظ على سمعته وكرامته وبالقدر الضرورى لذلك . ومن حق الدولة مراقبة سلوك رعاياها فى الداخل والخارج للتثبت من التزامهم بالقيم الخلقية والتمسك باسباب الاستقامة والكرامة فى تحركاتهم[٣٧] .

وإذا ما استعرضنا تطبيقات القضاء الادارى فى هذا الخصوص ، نجد أنها جاءت متعددة ومتنوعة وفى دعوى تخلص وقائعها فى أن السفارة المصرية والقنصلية المصرية (وهى السلطات المصرية فى الخارج المنوط بها الحفاظ على سمعة مصر فى الخارج) فى دولة ... قد أجمعت فى تقاريرها على أن السيدة / ... تزاول مهنة الدعارة فى الخارج وأنها تسيىء الى سمعة مصر وطلبا من سلطات الأمن منع سفرها الى الخارج عقب عودتها الى مصر . وقضت المحكمة الأدارية العليا إن قرار المنع من السفر قائم على سبب صحيح، على سند من القول بأن من حق الدولة مراقبة سلوك رعاياها

فى الخارج .

ففى دعوى تخلص وقائعها فى أن مدير مصلحة الأمن العام – طلب – طبقا لقرار وزير الداخلية رقم ٨١٢ لسنة ١٩٦٩ – الذى الغى بمقتضى القرار رقم ١٧٥ لسنة ١٩٨٣ بشأن تنظيم قوائم الممنوعين – باتخاذ اللازم نحو ادراج اسم احد الافراد فى قوائم الممنوعين من السفر لنشاطه فى تهريب المخدرات وقضت المحكمة بمطابقة قرار الادراج للقانون وانه لا يشترط لصحة القرار توافر الأدلة القاطعة ضد من صدر فى شأنه القرار ، وإنما يكفى لقيام القرار على سببه المشروع أن يكون مستندا إلى دلائل جدية أو قرائن مادية من شأنها أن تؤدى إلى قيام الحالة الواقعية أو القانونية التى دعت الأدارة الى اتخاذه[٣٩] .

وفى دعوى تخلص فى ان قسم رعاية المصالح المصرية بصنعاء قامت بترحيل المدعى من اليمن الى القاهرة وطلبت سحب جواز سفره لمجرد وصوله وادراج اسمه فى قوائم الممنوعين من السفر بسبب انحراف مسلك وشذوذ فى طبع المدعى مما يؤثر تأثيرا سيئا على سمعة مصر ويلحق الضرر بابنائها فى الخارج وقضت المحكمة الادارية العليا[٤٠] بان القرار المطعون فيه سليم من الوجهة القانونية . وأكدت انه لا يتحتم لصحة القرار على سببه المشروع ان يكون مستندا الى دلائل جدية أو قرائن مادية من شأنها ان تؤدى الى قيام الأدلة الواقعة .

وفى دعوى تخلص وقائعها ان وزير الداخلية أصدر قرارا بمنع المدعى من السفر خارج البلاد وادراج اسمه بقوائم الممنوعين من السفر ضمن بعض اصحاب شركات توظيف الاموال حماية لاقتصاديات البلاد وأموال المودعين بتلك الشركات بعد موافقة الجهات الاقتصادية فى هذا الشأن . وقضت المحكمة بأن القرار المطعون فيه قرارا سليما ، اذ ان مسلكه فى ظل العمل بالقانون فى شأن الشركات العاملة فى مجال تلقى الاموال لاستثمارها ينبىء على عدم الالتزام باحكام القانون المشار اليه ، كما يكشف ايضا على نية سابقة تتمثل فى الاستهانة بحقوق اصحاب الودائع والمستثمرين وتفريطا فى اداء الامانات الى اهلها .. فاذا كان ذلك – فان القرار يمنع المطعون ضده من السفر ، وحتى يواجه معالجة آثار الواقع الذى ساهم فى احداثه ويضطلع باداء مسئولياته قبل المودعين والمستثمرين لديه أو لدى الشركات التى يديرها أو يشرف عليها يكون قائما بحسب الظاهر على سبب صحيح من الاوراق[٤١] .

كما قضت المحكمة الادارية العليا[٤٢] بان قرار منع المطعون ضده الى الخارج بناء على امر الادارة العامة لمباحث امن الدولة لسبق الحكم عليه بالحبس واعتقاله جنائيا عام ١٩٦٠ لمدة عامين لنشاطه الجنائى ولنشاطه فى مجال الاتجار بالمخدرات والحكم عليه بالسجن لمدة سبع سنوات واخلاء سبيله عام ١٩٨٣ ، وتقدمه بالعديد من الشكاوى الكيدية ضد المسئولين بالدولة تضمن هجوما عليهم ، واستغلال اسرائيل تصرفات مثل هذه العناصر اعلاميا فى الاساءةلسمعة البلاد ، ومن ثم يغدو من الواضح ان تقدير جهة الادارة لاعتبارات ودواعى منع المطعون ضده من السفر قد استهدفت

المصلحة العامة للبلاد وحماية سمعتها فى الخارج ومن ثم يكون قرار منع المطعون ضده من السفر قد صدر متفقا وصحيح حكم القانون .

وعلى العكس من ذلك فقد قضت المحكمة الادارية العليا(٤٣) بأن قرار ادراج المطعون ضده على قوائم المنع من السفر لنشاطه غير المشروع فى الاتجار بالمواد المخدرة - غير قائم على اساس من القانون وغير مستخلص استخلاصا سائغا من الاوراق .

اذ الثابت من الاوراق ان الجهة الادارية قد سمحت للمطعون ضده بالسفر الى دار السلام بتاريخ ١٩٨٥/٥/١١ ثم رفضت التصريح له بالسفر للخارج بعد ان حصل على تأشيرة دخول الى تنزانيا ١٩٨٥/٧/١٧ الامن الذى يتنافى مع الادراج على قوائم الممنوعين حيث تسمح له بالسفر وبعد حوالى شهرين تمنعه من السفر ، دون ان تكون ثمة اسباب جديدة تدعو الى هذا المنع بعد ان صدقت به بالسفر ، ومن ثم يكون قرار منع المطعون ضده من السفر قد بنى على غير اساس من القانون بما يمثله من اعتداء على حرية المطعون ضده وحقه الذى كلفه الدستور والقانون .

اما حق الاقامة فقد كفله الدستور ، فقد نص الدستور المصرى فى المادة (٥٠) منه على انه «لا يجوز ان تحظر على اى مواطن الاقامة فى جهه معينة ولا ان يلزم بالاقامة فى مكان معين الا فى الاحوال المبينة فى القانون(٤٤)» .

ولقد قضت محكمة القضاء الادارى(٤٥) فى هذا الخصوص - بالغاء قرار الزام المدعى بالاقامة بمدينة اسوان بدعوى سبق انذاره متشردا ، اذ ان القرار لم يصدر من القضاء ، انما صدر من الادارة وهى لا تملك اصداره طبقا للقانون الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم وبالتالى يكون قد وقع مخالفا للقانون والدستور .

حرية التنقل فى الشريعة الاسلامية

وهى مما تشمله فى نظر بعض رجال الفقه الاسلامى «حرية المأوى» وفى احكام الاسلام ما يكفل هذه الحرية ، فان النفى أو الابعاد انما يعد عقوبة لم يذكرها القرآن الكريم الا جزاء للذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا(٤٦) .

ومن صور حرية التنقل فى الاسلام ، التنقل طلبا للرزق والتنقل طلبا للعلم والهجرة بالانتقال من المكان الذى يظلم فيه الشخص ولا يستطيع رفع الظلم من نفسه .(٤٧) .

والاسلام يسمح بتحديد أو تقييد هذه الحرية بما يقتضيه الصالح العام فالخليفة عمر بن الخطاب كان يحرم - كما هو معروف - على كبار الصحابة وأهل الرأى مغادرة المدينة (اللهم الا لولاية يتولونها أو لقيادة جيش يقودونه) وذلك حتى يتيسر له الرجوع اليهم فيما يعرض له من مشاكل ، أى لانه يريد أن ينتفع بهم وبآرائهم فى قيامه بحكم المسلمين .

مبحث خامس : حرية العمل(٤٨)

تعنى حرية العمل ، حق العامل فى الامن الاقتصادى الذى يفرض على الدولة واجب توفير العمل المنتج والمجزى له بوجود العمل ، يأمن العمل على مستقبله ،

ويطمئن الى حاضره .

وبتوفير العمل الملائم تحفظ الدولة للعامل كرامته اذ تجعله يشعرانه يجنى ثمار جهده دون ان ينتظر احسانا .

وبتوفير العمل المجزى نضمن للعامل عيشا كريما ومستوى لائقا للحياة .[٤٩] .

وقد عبرت المادة ٢٣ من الميثاق العالمى ، لحقوق الانسان عن ذلك المضمون والمعنى السابق بقولها لكل انسان حق العمل ، وحق اختيار نوع العمل بمحض حريته ، والحق فى ان تكون شروط العمل عادلة وموانية ، وحق الحماية ضد البطالة . ولكل انسان - بلا تمييز - الحق فى أجر متساو مقابل نفس العمل . ولكل من يعمل الحق ، فى أجر مجز ومناسب يكفل له ولاسرته معيشة تليق بكرامة الانسان ، ويتبعه اذ لزم الامر وسائل الحماية الاجتماعية ولكل انسان الحق فى تكوين ، والانضمام الى نقابات عمالية ، لحماية مصالحه .

كما نصت المادة ٣٤ على حق الانسان فى الراحة والفراغ ، وعلى وجوب تحديد ساعات العمل تحديدا معقولا وضرورة تقرير اجازات دورية لكل عامل وأن يصرف له مرتب عنها .

والمستفاد من النصوص السابقة ان للدولة دورا ايجابيا واسعا فى مجال حرية وحق العمل - ان لم تكن هى صاحبة الدور الوحيد فى هذا المجال - ويتمثل ذلك فى تحقيقها لمبدأ تكافؤ الفرص فى العمل بين الافراد وتسهيل الظروف المصاحبة للقيام به سواء عن طريق الارشاد والتدريب الفنى والمهنى أو من خلال اتباع اساليب التخطيط الاقتصادى الثابته أو بواسطة التشغيل الكامل والمنتج فى ظل صيانة مبدأ عدم التمييز بين الافراد وتوفير الحريات الاقتصادية الاساسية لهم ، أو بوسيلة التخلص من كافة النصوص التشريعية واللائحية المعروفة لاساليب الادارة والعمل التى تتفق مع المفهوم السابق له وتحقيق هدفه فى رفع مستويات المعيشة ومواجهة متطلبات الحياة الماديه الكريمه .[٥٠] ويلحق بحق العمل ، حق العامل فى الراحة وفى تنظيم ساعات العمل وفى الحصول على اجازات دورية وان يصرف له راتب عنها .

وتفريعا على ما تقدم ، ان حرية العمل ليست مطلقة ، بل ان الاتجاه الحديث فى الدساتير المعاصرة ، يميل الى تحديد هذه الحرية ، ويسمح بتدخل الدولة فى تنظيم القواعد الخاصة بالعمل .

ولقد ورد النص على حرية العمل فى دستور ١٩٧١[٥١] فى المادة ١٣ التى تنص على ان «العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة ، ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع ولا يجوز فرض أى عمل جبرا على المواطنين إلا بمقتضى قانون ولاداء خدمة عامة وبمقابل عادل .

واذا كان من حق المواطن اختيار العمل الذى يريده ، والجهة التى يود الالتحاق بها عملا بمبدأ حرية العمل ، ذلك أن حرية العمل من الحقوق المعترف بها من قديم الزمن التى تضمنتها بعض الدساتير ، ولا يحد أو يقيد منها الا بمراعاة الصالح العام . لذلك يجب أن تفسر التشريعات التى تحد منها فى أضيق الحدود وبالقدر الذى تستهدفه المصلحة العامة من اصدارها ، وعند التأويل أو الغموض يجب الأخذ بما يطلق

الحرية من عقالها ، أو بما يخفف من هذه القيود الواردة على أصل من الأصول الطبيعية للانسان ألا وهو حرية العمل(٥٢) .

تطبيقات للقيود الواردة على حرية العمل :

إذا كان من اختصاص الأدارة اصدار قرارات بتعيين المواطنين في الوظائف المختلفة ، فان هذا التعيين يتطلب رضاء المواطن به ، وإذا كان قرار التعيين هو الذى ينشيء المركز القانوني للموظف ، وهو مركز تنظيمى عام لا مركز تعاقدى ، فان رضاء المواطن وإن كان لا ينهض ركنا في انشاء المركز المذكور ، إلا أنه بطبيعة الحال يلزم لتنفيذ القرار ، فلا يجبر المواطن على قبول الوظيفة العامة .

بيد أن هذا المبدأ العام يخضع لاستثناءات ترد عليه اذا ما استلزمت المصلحة العامة ذلك إذا ما تعارضت مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة وجب تغليب الأخيرة . فاذا كان من حق الفرد رفض وظيفة ما لانها لا تحقق له طموحه ، أو لأن عائدها قليل ، فإن من حق الأدارة تكليفه بشغل هذه الوظيفة ، إذا ما كان هناك أعراض من المواطنين عن الالتحاق بها ، وهى تفعل ذلك بالطبع بدافع من ضرورة تسيير المرافق العامة واداء الخدمات الضرورة اللازمة للجماعة .

فقد اضطرت الحكومة المصرية فى اعقاب الحرب العالمية الثانية الى سن القوانين لتكليف أصحاب بعض التخصصات للعمل لديها بسبب قلة عددهم ، ويعاقب المتخلف جنائيا طبقا لهذه القوانين ولا شك في تعارض هذا التكليف مع حرية الاستخدام خصوصا أنه يتشابه مع نظام السخرة بأجر لكن الضرورة حتمت هذا التكليف بما يبرر مشروعيته ، خصوصا وانه مؤقت يزول بزوال سببه .

وعلى سبيل المثال القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن أوامر التكليف للمهندسين والقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن تكليف الاطباء والصيادلة واطباء الاسنان ، والمرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين .

وأنه ولئن كان التكليف - حسبما جرى عليه قضاء المحكمة الادارية العليا أداة استثنائية للتعيين فى الوظائف العامة فإذا ما تم شغل المكلف للوظيفة العامة بمقتضى تلك الاداة طبقا للأوضاع والشروط المنصوص عليها في القوانين واللوائح الصادرة فى هذا الشأن - يصبح ملتزما بالقيام باعباء الوظيفة وواجباتها مستفيدا من مزاياها طوال مدة التكليف - لئن كان ذلك الا أن للتكليف نطاقه القانوني الخاص به . إذ هو مؤقت بطبيعته وينطوى على مساس بحرية المكلف فى العمل بالزامه بتأدية ما يكلف به من مهام وظيفته دون اعتداء برضائه وقبوله أو عدم قبوله التكليف فان امتنع عن تأديتها استهدف العقوبات المنصوص عليها فى القانون .

كما قضت المحكمة الادارية العليا(٥٤) بأنه ولئن كان التشريع الخاص بطائفة المهندسين وهو القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٦ قد عاقب على مخالفة احكامه بعقوبات جنائية ، فليس يعنى ذلك أنه جب المخالفات التأديبية التى نص عليها قانون موظفى الدولة ... وانه لا تطابق بين

نطاق الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية . فالمحكمة التأديبية لها مجالها الخاص لاختلاف طبيعتها عن المحاكمة الجنائية . فالاولى قوامها مخالفة الموظف لواجبات وظيفته وخروجه على مقتضياتها فهى متعددة الصور ونطاقها غير محدود ، وهى بهذه المثابة تعتبر ذات كيان مستقل عن الاتهام الجنائى الذى يستند الى جرائم وعقوبات محددة ومن ثم فان الفعل الواحد كما يشكل جريمة من جرائم القانون العام يمكن ان تتمخض فى ذات الوقت عن مخالفات تأديبية وذنوب ادارية يرتب القانون الادارى الجزاء عليها .

كما أن للادارة سلطة تنظيم ممارسة مزاولة أعمال معينة فى الحدود المقررة طبقا للقانون ، ولا يمثل ذلك قيدا على حرية العمل ما دام ان القانون لم يفرض شروطا محددة ولم يتضمن ضوابط معينة يتعين الالتزام بها فى هذا الخصوص .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الأدارية العليا(٥٥) بمشروعية القرارين رقمى ٩٩ ، ١٠٠ لسنة ١٩٨١ الصادرين من رئيس مصلحة الجمارك بشأن تنظيم مزاولة اعمال التخليص تأسسا على أن رقابة القضاء على سلطة الادارة تنحصر . فى تنظيم هذه المهنة - فى وزن قرارها بميزان المشروعية دون أن تحل نفسها محل الجهة الادارية فيما هو متروك لتقديرها ووزنها للأمور فى النطاق الذى حدده لها القانون ، ومن ثم فان القرارين المشار اليهما - وما فرضته على من يزاول المهنة ان يتخذ مكتبا له بمنطقة الجمرك وان يؤدى تأمينا نقديا قدره خمسة آلاف جنيه قبل البدء فى مزاولة المهنة أو الاستمرار فيها ، قد صدرا ممن يملكهما قانونا فى حدود السلطة التقديرية المخولة له فى تنظيم مهنة التخليص ، ولم يقم دليل على ان هذا التنظيم قد شابه انحراف فى شروطه أو فى التقدير الذى بنى عليه ، أو انه تغيا غير المصلحة العامة أو استهدف المساس بفئة لحساب أخرى ، فلا ريب ان جهة الادارة إذ قدرت ضرورة اشتراط انتماء المخلص إلى مكتب يقع فى دائرة الجمرك لمزاولة اعمال التخليص طبقا للقرارين المشار اليهما ، وان ذلك من مقتضيات ممارسة المهنة مما تستلزمه من امساك سجلات واستخراج بيانات وتقديم مستندات ، يتعين حفظها فى مقر ثابت بمنطقة العمل حتى يسهل أحكام الرقابة على القائمين بممارسة المهنة فى اطار الغاية من تنظيمها .

كما ان اشتراط تقديم تأمين قدره خمسة آلاف جنيه ، أمر تقتضيه - فى نظر جهة الادارة - ضرورات اعادة النظر فى تنظيم المهنة على اساس زيادة حجم التبادل التجارى واتساع حركة التعامل على البضائع المصدرة والمستوردة ، وما يوحيه ذلك فى نظر الادارة من ضرورة التدخل لوضع الضمانات الكافية لحماية أصحاب الشأن فى حدود السلطة المخولة لها بتنظيم هذه المهنة بغير معقب عليها من القضاء ما خلا قرارها من عيب اساءة استعمال السلطة إذا استهدفت غير وجه الصالح العام .

حتمية الانضمام الى النقابات المهنية :

إذا كان الأصل هو حرية مزاولة المهنة التى يختارها الفرد وممارستها بالكيفية التى يراها الا أن الشارع اخضع

مزاولة بعض المهن للتنظيم ، واشترط فيمن يزاولها حصوله على مؤهلات علمية معينة وقيامه باستصدار ترخيص إدارى بمزاولتها . ومن هنا أنشأ الشارع النقابات المهنية ذلك أن للحكومة باعتبارها المهيمنة على المصالح العامة أن تصدر من القوانين ما يكفل لها رعاية هذه المصالح وإن تجعل لنفسها اشراف ورقابة على كل مهنة حرة بالقدر الذى تراه محققا للمصلحة العامة ، وهى إذ تفعل ذلك انما تباشر سلطة إدارية تنظيمية .

وتدور اختصاصات النقابات المهنية حول تمثيل المهنة والمحافظة على كرامتها ، ورفع مستواها والذود عن حقوقها ، وحقوق ابنائها ، فهى هيئات تستهدف بحث المسائل المتعلقة بالمهنة وتقاليدها ورفع مستواها الفنى والثقافى ومتابعة نواحى تقدمها والدفاع عن مصالح اعضائها وتنمية روح التعاون بينهم ، وتحسين حالتهم المادية والأدبية . فنقابات المهن إذن تقوم بتمثيل المهن لدى السلطات العامة والنظر فى طلبات القيد فى جداولها ، ووضع اللوائح الداخلية واللوائح الخاصة بتقاليدها . وتأديب الاعضاء وترتيب المعاشات والاعانات اللازمة لهم[٥٦] .

وتعتبر نقابات المهن فى التشريع المصرى هيئات اجبارية على افراد المهن الانضمام إليها ، ولا يجوز للفرد مزاولة مهنة ما قبل الأنضمام الى النقابة التى تمثلها وإلا تعرض لعقوبة جنائية .

ومن أمثلة هذه النقابات . نقابة المهندسين ، ونقابة الاطباء ، ونقابة المحامين ونقابة المهن الزراعية .... الخ وتنظيم هذه المهن الحرة مما يدخل اصلا فى صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامه على المصالح والمرافق العامة ، فاذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليه من تخويلهم نصيبا من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الأحتفاظ بحقها فى الأشراف والرقابة تحقيقا للصالح العام . وتخضع قرارتها - بوصفها قرارات ادارية صادرة من السلطة الأدارية - للرقابة القضائية .

ونظرا لأهمية الأغراض التى تقوم عليها هذه المنظمات حرص الدستور المصرى على منحها الشخصية الاعتبارية إذ تنص المادة ٥٦ منه بأن «انشاء النقابات والأتحادات على أساس ديمقراطى حق يكفله القانون ، وتكون لها الشخصية الأعتبارية» .

حق العمل فى الشريعة الاسلامية :

حث الأسلام على العمل والكسب بالطرق المشروعة من زراعة أو تجارة أو عمل «فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون»[٥٧] وهذا تنسيق دقيق بين التوجيه للمسجد لأداء الصلاة والأنصراف منه بمجرد انتهائها طلبا للرزق .

والأسلام يدعو إلى طلب الرزق حتى فى اثناء أداء فريضة الحج ، إذ قال تعالى «ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فإذا افضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام[٥٨] .

كما دعى المسلمين الى السير والذهاب حيث شاءوا فى أقطار الأرض والتردد فى اقاليمها وأرجائها وراء المكاسب فى التجارة بقوله

تعالى «هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور»[٥٩] .

ورغم وضوح الاسلام فى هذا الصدد فإن للصوفية رأيا مختلفا وهو أن الاسلام يحث على التعبد والزهد فى متاع الحياة الدنيا والدنيا انما خلقت لينصرف الناس عنها ، وبأن الله قد صنع العالم المادى ، وأمر عباده بالأنصراف عنه سعيا وراء رضاه .

والواقع أن ما ذهبت إليه الصوفية فى هذا الخصوص غير صحيح ، ولا يتفق مع أحكام الأسلام والتصوف أصلا دخيل على الأسلام ويتنافى مع روحه[٦٠] فالأسلام لا يوجب على الأفراد حياة تقشف الزهاد . ومن ذلك قوله تعالى « ولا تنسى نصيبك من الدنيا » والأسلام يمنع من الغلو فى الدين والتقشف وينصح بالاعتدال « وكذلك جعلناكم أمة وسطا » .

مبحث سادس : حق الملكية (حرية التملك)[٦١]

يقصد بحق الملكية (حرية التملك) قدرة الفرد قانونا على أن يصبح مالكا[٦٢] وإذا كانت الملكية الفردية هى فى الأصل ثمرة النشاط الفردى ، وجب منطقيا الأعتراف للفرد بحق جنى هذه الثمرة أى حرية اقتناء الأموال وحرية التصرف فيها . وفى كل ما تنتجه . ولا يجوز للسلطة أن تسلب الفرد ملكه أو جزءا منه دون أن تحصل على رضاه ، ذلك أن حماية الملكية هى أحد الأغراض التى من أجلها أنشئت الحكومات .

وتقنينا لما تقدم ، فقد تواترت مواثيق واعلانات الحقوق الأساسية للأنسان على تقرير مبدأ حق التملك .

فنص إعلان حقوق الأنسان الصادر عام ١٧٨٩ فى مادته السابعة عشرة على أن «الملكية حق مقدس لا يجوز المساس به ، ولا يجوز أن تنزع الملكية الخاصة لفرد إلا إذا اقتضت بذلك المصلحة العامة ووفقا للقانون ، وفى مقابل تعويض عادل يدفع له .

كما نص الأعلان العالمى لحقوق الأنسان الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ على أن لكل شخص حق التملك بمفرده وبالاشتراك مع غيره ، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا .

ولقد ورد النص على هذا الحق فى الدساتير المصرية[٦٣] .

وقد نص الدستور الصادر سنة ١٩٧١ فى المادة (٣٤) منه على أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض وفقا للقانون .

غير أن الملكية ليست حقا مطلقا . على نحو ما كان سائدا فى ظل النظرية التقليدية إذ أضحت الملكية ذات وظيفة إجتماعية أو بعبارة أخرى أصبح للملكية وظيفة إجتماعية ترمى إلى تحقيق مصلحة المجتمع .

ولقد ترجم المشرع الدستورى المعانى المتقدمة فى نص المادة ٣٢ من الدستور التى أوردت قيدا على الملكية الخاصة بالنص على تنظيم القانون أداء وظيفتها الأجتماعية . فى خدمة الأقتصاد القومى وفى أطار خطة التنمية دون انحراف أو استغلال .

وتفريغا على ما تقدم ، فإنه ليس هناك ما يمنع المشرع من

يتدخل بنصوص قانونية لتنظيم حق الملكية ، مستهدفا تحقيق مصلحة المجتمع .

وفى ضوء ما تقدم ، واستهداء بما للملكية من وظيفة إجتماعية ، فقد أورد المشرع استثناءات تمثل قيدا على حق الملكية . وقد ضرب المشرع الدستورى أمثلة لذلك :

نزع الملكية للمنفعة العامة ، والاستيلاء المؤقت على العقارات ، والاستيلاء لدواعى التعليم ، والاستيلاء لدواعى التموين(٦٤) .

ونتناول بالتحليل والتأصيل الاستثناءات المشار إليها .

أولا : نزع الملكية للمنفعة العامة :

نزع الملكية مؤداه حرمان مالك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة نظير تعويضه بما يناله من ضرر(٦٥) .

ولقد نظم القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين المعدل بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ - هذا الموضوع ، وأقام ضابطا أساسيا فى مجال التوفيق بين حق الدولة فى الحصول على العقارات اللازمة لمشروعاتها العامة ، وبين حقوق ذوى الشأن من ملاك هذه العقارات وشرط لـزوم العقـارات المملوكة ملكية خاصة للمنفعة العامة يجب أن يكون مستمدا من حاجة جهة الأدارة الملحة لهـذه العقـارات لاقامـة مشروعاتها بما تقتضيه ذلك من تقدير صفة المنفعة العامة أو الاستيلاء عليها ، فإذا دلت الظروف أو واقع الحال على غير ذلك وقعت الاجراءات مشوبة بالبطلان .

وتطبيقا لذلك ما قضت به المحكمة الأدارية العليا(٦٦) من أن تصرف الجامعة فى جزء من الأرض التى وهبتها لها احدى المحافظات لاقامة مبانى الكليات والمعاهد والمنشآت والمرافق اللازمة للجامعـة وذلك بالمخالفة لشروط الجهة الواهبة بالمنع من التصرف فى جزء من الأرض أن تعود وتنزع ملكية بعض الأفراد لاستكمال المنشآت ، إذ ان اتخاذ اجراءات نزع ملكية الأفراد فى هذه الحالة ينطوى على اساءة استعمال السلطة وتجاوز فى تطبيق أحكام الدستـور والقانـون ، أن المساس بالملكية الخاصة فى غير الأحوال المقررة وتنكب الغاية التى قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام وإذ صدر القرار المطعون فيه على هذه المثالب والعيوب فإنه يكون قرار باطلا جديرا بالالغاء .

ثانيا : الاستيلاء المؤقت على العقارات(٦٧) :

خول القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المشار إليـه الوزير أو المحافظ فـى الحالات الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمـة لاجـراء اعمال الترميم أو الوقايـة وتحدد مدة الاستيلاء المؤقت حيث لا تجاوز ثلاث سنوات عـن تاريـخ الاستيـلاء الفعلى(٦٨) . وسلطة المحافظ فى اصدار قرارات الاستيلاء مؤقتا على العقارات نجد حدها القانونى فى قيام حالة طارئة مستعجلة تتطلب مواجهتهـا ضرورة الأستيـلاء علـى عقارات بصفة مؤقتة لدرء خطر داهم أو لأجراء أعمال الترميم أو الوقاية وهى اسباب مردها أصل واحد وهو الحالة الطارئة أو المستعجلة التى يتعين تداركها خشية استعمال نتائج يتعذر التحكم فـى آثارها(٦٩) .

ويخرج عن هذا الاختصاص سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة التى يختص باصدارها رئيس الجمهورية(٧٠) .

ثالثا : الاستيلاء المؤقت لدواعى التعليم :

تناول القانون رقم ٥٢١ لسنة ١٩٥٥ فى شأن الأستيلاء على العقارات اللازمة لوزارة التربية والتعليم ومعاهد التعليم المعدل بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٧ ، تنظيم أحكام هذا الموضوع فاجاز لوزير التربية والتعليم أن يصدر قرارات بالاستيلاء على أى عقار خال يراه لازما لحاجة الوزارة أو احدى الجامعات أو غيرها من معاهد التعليم - وقد آل هذا الأختصاص إلى رئيس الجمهورية بموجب نص المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥٢ / ١٩٦٧ وتترخص الجهة الادارية فى تقدير مدى لزوم العقارات لمرفق التعليم هى من الأمور التى تدخل فى سلطة الأدارة التقديرية التى تترخص فيها بلا معقب عليها متى خلا قرارها من عيب الانحراف فى استعمال السلطة(٧١) .

ولئن كان ما تقدم إلا أنه يتعين أن يخلو ذلك كله من التعسف فى استعمال السلطة بألا تكون الحاجة إلى الاستيلاء على العقار ناشئة عن خطأ من الجهة المستولى لصالحها ترتب عليه انهاء عقد الايجار ، كما لو أخلت بالتزاماتها العقدية مما أسفر عن صدور حكم نهائى باخلائها من العقار نتيجة خطئها إذ يمتنع حينئذ اتخاذ حاجتها الى العقار مبررا للاستيلاء الذى لم يسن لتدارك خطئها أو لجبر تصرفها ، وإلا إنحرف القرار الصادر بالاستيلاء عن الغاية التى شرع لها قانونا(٧٢) .

وتطبيقا لذلك ما قضت به المحكمة الادارية العليا(٧٣) . من أن قرار رئيس الجمهورية بالاستيلاء على العين المؤجرة لوزارة التربية والتعليم - الذى صدر حكم لمالك العقار باخلائه وصار نهائيا وباتا لعدم الطعن عليه بالنقض فى الميعاد المقرر قانونا بأنه استند الى نصوص القانون بغرض سد حاجة مرفق التعليم ، ولا وجه للنص على قرار رئيس الجمهورية بمقولة أنه يعطل تنفيذ حكم حاز حجية وأن من واجب الأدارة أن تحترم هذه الحجية فتمتنع عن اتخاذ أى موقف أو تصرف يتنافى مع هذه الحجية .

والجدير بالذكر أن مدة الاستيلاء موقوتة بمدة محددة . وإلا انقلب الاستيلاء إلى نزع ملكية العقار للمنفعة . فإذا انتهت مدة الاستيلاء ولم يصدر قرار يجدد هذا الاستيلاء مدة أخرى ، فانه بانتهائها ينعدم الأساس والسند لاحتجاز العقار ، وعدم رده الى مالكيه ... وإذا لم تصدر الجهة الادارية قرارا باعادة العقار الى مالكيه فان لم تفعل كان ذلك قرار سلبيا مخالفا لصحيح حكم القانون ومنطويا على اعتداء صارخ على حق الملكية التى حرص الدستور على تأكيده وحمايته(٧٤) .

رابعا : الاستيلاء لصالح مرفق التموين :

اجاز المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين - المعدل بالقانون رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٥٦ لوزير التموين لضمان تموين البلاد لتحقيق العدالة فى التوزيع أن يتخذ بقرارات يصدرها بموافقة لجنة التموين

العليا بعض التدابير ومنها الاستيلاء على العقارات والأموال المملوكة للافراد وهي وسيلة استثنائية لا يجوز للادارة اللجوء اليها إلا إذا استنفذت جميع الوسائل العادية المتاحة لها ولم تجد بعد بدا من الالتجاء الى تلك الوسيلة لتحقيق الهدف الذى ترمى إليه – وفى هذه الحالة تكون الأدارة أمام ضرورة ملحة اقتضاها الصالح العام مصلحة الفرد بشرط أن تقدر الضرورة بقدرها[٧٥] .

ومناط الاستيلاء هى الحاجة إلى ضمان تموين البلاد وتحقيق العدالة فى التوزيع . وهذا المناط يضم فى اطاره كل ما يدعو له سواء لمواجهته حدث حال أو لتوقى حدث قابل ، فلا يلزم أن يكون الحدث أمرا واقعا ، بل يكفى أن يكون أمرا واردا ما دام فى الحالتين يستهدف ضمان تموين البلاد وتحقيق العدالة فى التوزيع ، فذلك المناط كما قد تفرضه الحاجة العاجلة تجنبا ، وقد تقتضيه الحاجة الآجلة تحسبا ، فى اطار المصلحة العامة التى تنبسط فى مجال التموين من الحاضر بسداد الاحتياجات الى المستقبل بتغطية الاحتمالات .

ولا مرية فى أن هذا يصدق خاصة فى حالة احتمال الطرد من العقار لسبب أو لآخر بينما تدعو الحاجة التموينية إلى البقاء فيه على نحو يبرر الاستيلاء عليه خشية المفاجاة التى تعرض للخطر ضمان تموين البلاد وعدالة التوزيع ولا يمثل الاستيلاء حينئذ اعتداء على الملكية الخاصة إذا تم على سند من القانون[٧٦] .

وعلى هذا الأساس فاذا خرج قرار الاستيلاء عن حدود الأهداف المقررة له وفقا لاحكام المرسوم بقانون بابتغاء هدف آخر لا يتعلق بضمان تموين البلاد وعدالة التوزيع أو لم تتوفر حالة الضرورة الملجئة لاصداره كان القرار غير مشروع لمخالفته حكم القانون[٧٧] .

وإذا كان ما تقدم ، يمثل موقف الدساتير والتشريعات الموضوعية فى شأن تنظيم حق الملكية فى توازن دقيق بين مصلحة الجماعة ومصلحة الفرد .

حق الملكية فى الشريعة الأسلامية :

كفلت الشريعة حق الانسان فى التملك بالوسائل المشروعة[٧٨] واعتبرت هذا الحق قاعدة أصيلة من قواعد التنظيم الأسلامى ورتبت على ذلك النتائج الطبيعية والمناسبة فى حفظ هذا الحق لصاحبه وصيانته له عن السرقة أو النهب أو الاختلاس بأية طريقة أو المصادرة بدون ضرورة عامة مع التعويض المجزى الذى لا غبن فيه .

ولقد وضعت الشريعة الأسلامية الحدود الرادعة لكفالة حق الملكية الى جانب التوجيهات التهذيبية تكفف النفوس عن التطلع الى ما ليس لها وما هو داخل فى ملك الآخرين كما أباحت لصاحب الحق حق التصرف فى المال بالبيع والأجارة والرهن والهبة والوصية الى آخر حقوق التصرف المشروعة ... الضمانات التى قررتها الشريعة الأسلامية ضمانا لحق الملكية عقوبة السرقة فى قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله .

ويعد اعتراف الشريعة الأسلامية بحق الملكية للأفراد دليلا على اقرار العدالة فى المجتمع والموازنة بين الجهد والجزاء وتمشيا مع الفطرة

الطبيعة الأنسانية ، كما تتفق مع مصلحة الجماعة فى اغراء الفرد على بذل أقصى جهد لتنمية الحياة ولتحقيق العزة والكرامة والاستقلال ونمو الشخصية للأنسان .

وإذا كان الأسلام قرر حق الملكية الفردية إلا أنه لم يتركها طليقة من كل قيد . فالمالك غير حر فى استعمال حقه فى الملكية وفق ما يمليه هواه . انما عليه أن يستعمله وفقا ما تمليه مصلحة المجتمع أو ما تمليه مصلحته ولكن فى غير اضرار بغيره وفى الحدود التى رسمها الله فى القرآن وهو ما يعرف بالوظيفة الأجتماعية للملكية(٧٩) .

وأول ما قرره الأسلام بجوار حق الملكية الفردية مبدأ الانفاق فى الطرق المشروعة والتى تعود بالنفع على المالك وعلى الجماعة لأن الملكية الخاصة هى جزء من الملكية العامة وأن تأثيرها فيها عميق . كما قرر ايضا عدم جواز حبس المال فى ايدى قليلة من الجماعة وضرورة النظر الى الفقراء وتيسير سبل التملك لهم منعا من الاستغلال والاستعباد ولخلق توازن فى المجتمع بين الغنى والفقير .

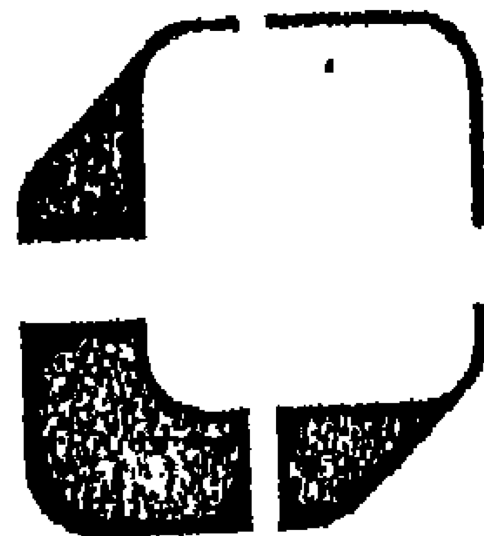
ومن هنا يمكن القول بأن حق الملكية فى الشريعة الاسلامية هو حق أصيل للأنسان وله من ضمانات نفاذه ما يفوق الضمانات الوضعية فى النظم القانونية المعاصرة .

خاتمة :

وإذا كان لنا كلمة فى ختام هذا البحث ، فاننا نوجه النظر إلى أن الشريعة الأسلامية قد عنيت بحقوق الأنسان المتعلقة بمصلحة المادية . شأنها فى ذلك شأن سائر الحقوق . وأنها أقامت توازنا - لا نظير له - فى النظم الدستورية المعاصرة - بين حقوق الانسان والمجتمع . كما أنها حثت الفرد على التمسك بحقوقه وعدم التفريط فيها بأى صورة من الصور . بحسبان أنه (أى الأنسان) خليفة الله فى الأرض ، ولن تستمر الحياة - على النحو الذى شرعها الخالق وفى اداء التكليفات المقررة شرعاً - إلا من خلال تلك الحريات .

ومن هنا تبنت غالبية النظم الدستورية المعاصرة ولا أغالى إذا قلت - أيا كانت فلسفتها الأيديولوجية - هذه المبادىء التى أرساها الأسلام فى شأن حقوق الانسان - وهذا البعد يشير بوضوح إلى أن أحكام الشريعة الأسلامية . تتلاءم مع ظروف الزمان والمكان ، خالدة أبد الدهر ، إلى أن يرث الله الأرض وما عليها .

والله الهادى إلى سواء السبيل



هـوامش

1 - van der vgven (J) : Theórie generale des droits de l'homme; inatitute international de droits de l'homme; 7 erhe, 1976 , P. 30

Rivera (j). les liberteś publiques (les droits de l'homme) 2 eme, ed paris 1978, P 300

٢ – د . محيى شوقى أحمد ، الجوانب الدستورية لحقوق الانسان ، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٦ ، ص ٤٨٤ .

د . عزت سعد البرعى ، حماية حقوق الانسان فى ظل التنظيم الدولى الاقليمى ، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٥ ص ٧ وما تلاها .

٣ – السيد مصطفى الخالد تنظيم العدالة الجنائية فى الشريعة الاسلامية ، المجلة العربية للدفاع الاجتماعى ، العدد الخامس ١٩٧٣ ، ص ٨٩ .

٤ – ان مصالح الأفراد المادية ترتبط ارتباطا وثيقا ، بالواقع الأجتماعى بما يحويه من مطالب وحاجات ، ومصالح متعارضة يدفع الشارع الى تنظيمه وضبط حدوده بما يصدره من قواعد قانونية ، هذه القواعد تجد مصدرها الحقيقى فى المصالح المتعارضة ووسيلته فى ذلك الموازنة بينها ، فاذا ما رجحت مصلحة على اخرى تلقفها المشرع بمادته وقرر للافراد وسائل لتحقيقها ، هذه الوسائل هى الحقوق ، فيفرض على الغير احترامها وعدم المساس بها .

(يراجع . د . محمد شوقى السيد ، التعسف فى استعمال الحق ، رسالة ، ١٩٧٩ ص ٣٠ .

٥ – د . ثروت بدوى ، النظم السياسية ، ١٩٧٠ ، ص ٤١٩ وما تلاها .

٦ – د . محمود حلمى ، المبادىء الدستورية العامة ، الطبعة الثانية ١٩٦٦ ، دار الفكر العربى ، ص ٣١٧ .

٧ – القضاء الادارى ، القضية رقم ٢٣٤ / ٧ ق ، جلسة ١٩٥٤/٢/١ س ٨ . ص ٥٧٩ .

٨ – نص دستور ١٩٢٣ فى المادة الرابعة على هذا الحق بقوله «الحرية الشخصية مكفولة» وقد ردد دستور ١٩٣٠ فى المادة (٤) منه هذا النص . وقد نص الاعلان الدستورى الصادر فى ١٠ فبراير ١٩٥٣ على هذا النص فى المادة (٣) منه التى تقضى بأن الحرية الشخصية مكفولة . وقد نص دستور ١٩٥٦ على هذا الحق فى المادة (٦) منه التى تقضى بأن تكفل الدولة الحرية .

اما دستور ١٩٥٨ المؤقت ، فقد نص فى المادة ١٠ منه على أن الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون . أما دستور ١٩٦٤ فقد نص على الحرية الشخصية فى المواد من ٢٥ الى ٣٢ منه .

٩ – قد ورد النص على حرمة المسكن فى دستور ١٩٢٣ فى المادة (٨) منه التى تقضى بأن للمنازل حرمة فلا يجوز دخولها الا فى الأحوال المبينة فى القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه . وردد دستور ١٩٣٠ فى المادة (٨) منه ذات النص السابق .

كما ورد النص على هذا الحق فى الاعلان الدستورى الصادر فى ١٠ فبراير ١٩٥٣ فى المادة (٣) منه والتى تنص على ان للمنازل حرمة وفق أحكام القانون .

كما ورد هذا الحق فى دستور ١٩٥٦ فى المادة ٤١ منه التى تقضى بأن للمنازل حرمة فلا يجوز مراقبتها ولا دخولها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وقد ورد النص فى دستور ١٩٥٨ المؤقت على هذا الحق ضمن الحريات العامة اذ تنص فى المادة (١٠) منه على ان الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون أما دستور ١٩٦٤ فقد نص على هذا الحق فى المادة (٣٣) بذات المعنى والمضمون الوارد فى المادة ٨ من دستور ١٩٢٠ .

هوامش

١٠ – نقض جنائى ، الطعن رقم ١١٢٤ / ٤٢ ق ، جلسة ١٩٧٢/١٢/٣ ، مجموعة س ٢٣ ص ١٣١٧ وما تلاها .

١١ – دعوى رقم ٥ / ٢ ق دستورية جلسة ١٩٨٤/٦/٤ ، ونقض جنائى ، جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ ، المجموعة ص . ١٠٢٧ .

١٢ – سورة النور الآيتان ٢٧ ، ٢٨ .

١٣ – د . حسن ربيع ، حماية حقوق الأنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائى رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، ١٩٨٥ ص ١٠٠ .

١٤ – فى هذا المعنى يراجع د . محمود حلمى ، المرجع السابق ص ٣١٧ . وراجع حكم محكمة القضاء الادارى ، فى ١٧ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة القضاء الادارى ، السنة الخامسة ، ص ٨٧٨ .

15 - Claude Abbert colliard : libertes publiques, 3 ed, 1968, P. 207 .

١٦ – أشار دستور ١٩٢٣ ، ١٩٣٠ إلى حق الأمن فى نص المادة (٥) منهما التى تنص على أن « لايجوز القبض على أى أنسان ولا حبسه إلا وفق أحكام القانون، وقد أورد الأعلان الدستورى من القائد العام للقوات المسلحة وقائد ثورة الجيش المنشور فى ١٠ فبراير ١٩٥٣ فى المادة (٣) منه تقضى بأن الحرية الشخصية مكفولة فى حدود القانون .

ونصت المادة (٣٤) من دستور ١٩٥٦ على أنه . لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون . أما دستور ١٩٥٨ المؤقت فقد أورد فى نص المادة (١٠) منه على الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون أما دستور ١٩٦٤ فقد نص فى المادة ٢٧ منه على أنه لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون.

١٧ – الطعن رقم ٧٦٧ / ٢٢ ق . جلسة ١٩٧٨/٥/٢٧ .

١٨ – حكم محكمة القضاء الادارى ، القضية رقم ٤٣٨ / س ٤ ، جلسة ١٩٥١/٤/١٧ مجموعة للسنة ٥ ، ص ٨٧٨ .

١٩ – نقض جنائى طعن رقم ٢٢ / ٢٨ ق ، جلسة ١٩٥٩/٣/١٧ ، س ٩ ، ص ٣٠٠ ، وايضا د . أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، طبعة نادى القضاه ، ١٩٧٩ ص ١٤٣ .

٢٠ – الطعن رقم ١٥١٧ / ٢ ق ، جلسة ١٩٥٧/٤/١٣ ، منشور لمجموعة أبو شادى لمبادىء المحكمة الادارية العليا فى عشر سنوات ٥٥ – ١٩٦٥ ، الجزء الثانى ، ص ١٧٣٨ .

٢١ – حكم القضاء الأدارى «دائرة المنصورة» الدعوى رقم ٥٢٨ / ٨ ق ، جلسة ١٩٨٧/٤/٩ .

٢٢ – القضاء الادارى ، قضية رقم ١١٤٢ / ٦ ق ، جلسة ١٩٥١/٦/٣٠ ، س ٦ ، ص ١٣٩ .

٢٣ – حكم محكمة القضاء الادارى ، ألقضية رقم ١١٤٢ / ٦ ق ، جلسة ١٩٥٤/١١/١٤ س ٩ ، ص ٥٦ .

٢٤ – القضاء الأدارى القضية رقم ٤٠٦١ / ٤١ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٥ .

٢٥ – الطعن رقم ١٧٧٦ / ٣٢ ق ، جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٣ .

٢٦ – سورة البقرة ، آية ١٢٦ .

٢٧ – جلال الدين السيوفى ، الجامع الصغير فى احاديث البشير النذير ، طبعة دار القلم ١٩٦٦ ص ٢٣٦ .

٢٨ – د . عبد الحميد متولى ، القانون الدستورى والأنظمة السياسية . الجزء الأول . ط ٥ ، ص ٢٤٦.

هوامش

٢٩ – سورة الحجرات آية ٦ .

٣٠ – أبو يوسف – كتاب الخراج – الطبعة الثالثة – ١٣٨٢ هـ ، ص ١٧٥ .

31 - Jacques Rabert, le uoilation de les liberts mdividielle commun, le probleme de responsabilites, ed 1955, P 236 .

٣٢ – د . منيب ربيع ، ضمانات الحرية فى مواجهة سلطات الضبط الأدارى ، رسالة ، ١٩٨١ ، ص ١٣٧ .

٣٣ – أشار دستور ١٩٢٣ ، ١٩٣٠ الى هذا الحق فى المادة (٧) منهما ، إذ نصت على أن « لا يجوز ابعاد مصرى عن الديار المصرية ، ولا يجوز أن يحظر على مصرى الأقامة فى جهة ما ولا يلزم الأقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ، كما ورد دستور ١٩٥٦ فى المادة ٣٨ منه أذ نصت على أنه « لا يجوز ابعاد مصرى عن الأراضى المصرية أو منعه من العودة اليها » .

وقد ورد النص على هذا الحق فى الدستور سنة ١٩٥٨ المؤقت تماما ، إذ نصت المادة (١٠) منه على أن الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون ، أما دستور ١٩٦٤ فقد نص على هذا الحق فى المادة ٣٠ منه التى تقضى بأنه لا يجوز ابعاد مصرى عن البلاد أو منعه من العودة إليها .

٣٤ – د . ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٣٨٠ .

٣٥ – قضاء ادارى ، القضية رقم ٣٥٥١ / ٧ ق ، جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٨ مجموعة السنة ٩ ، ص ١٩٢ وأيضا الأدارية العليا ، الطعن رقم ١٣٠١٥ / ٢٦ ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٢ ، والطعن رقم ٢٧٣٩ / ٢٩٠ ق . جلسة ١٩٨٤/٤/٢١ .

٣٦ – د . فاروق عبد البر ، دور مجلس الدولة المصرى فى حماية الحقوق والحريات العامة ، الجزء الأول مطابع سجل العرب ، ١٩٨٨ ، ص ١٩ وما تلاها .

٣٧ – الطعن رقم ٢٥٧ / ٢٦ ق ، جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧ ، والطعن رقم ١٤٨٣ / ٢٦ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٤ .

٣٨ – الطعن رقم ١٤٨٣ / ٢٦ ق ، جلسة ١٩٨٤/٤/١٤ .

٣٩ – الأدارية العليا ، الطعن رقم ١٣٠١٥ / ٢٦ ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٢ .

٤٠ – الطعن رقم ٢٧٣٩ / ٢٩ ق ، جلسة ١٩٨٤/٤/٢١ .

٤١ – الأدارية العليا ، الطعن رقم ٨٥ / ٣٤ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٩ .

٤٢ – الطعن رقم ١٦٦٤ / ٣٢ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٢٧ .

٤٣ – الطعن رقم ٢٢٤٩ ' ٣٢ ق ، جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٣ .

وايضا : الطعن رقم ١٣٨٢ / ٢٨ ق ، جلسة ٢١٨ / ١٩٨٦ .

٤٤ – الجدير بالذكر ان هذا النص متواتر فى الدساتير السابقة على دستورنا الحالى .

٤٥ – القضاء الأدارى ، القضية رقم ٩٦٥ / ٥ ق ، جلسة ١٩٥٢/٣/٢٥ ، س ٦ ، ص ٧٣٠ وما تلاها .

٤٦ – د . عبد الحميد متولى ، المرجع السابق . ص ٢٤٦ .

٤٧ – لمزيد من التفاصيل ، د . محمد سليم محمد غزوى ، الحريات العامة فى الاسلام طبعة بدون الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية ، ص ٣٢ .

٤٨ – يدرس البعض هذا الموضوع باعتباره من متممات الحرية الشخصية ، (يراجع د . محمود حلمي المرجع

هــوامش

السابق ، فى حين يتناوله البعض باعتباره حق من الحقوق الاجتماعية (د . ثروت بدوى المرجع السابق ، ص ٣٩١) ويتناوله ثالث باعتباره حق من الحقوق الاقتصادية (يراجع د . مصطفى عفيفى ، الوجيز فى مبادىء القانون الدستورى ، الكتاب الأول ، طبعة ثانية ، ١٩٨٤ ، ص ٤٥٢ .

٤٩ - د . ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٣٩١ وما تلاها .

٥٠ - يراجع فى هذا المعنى ، د . مصطفى عفيفى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٢ وما تلاها .

٥١ - أنه باستعراض مواد دستور ١٩٢٣ ، تبين أنه لم ينص على حرية العمل ، كما هو الشأن فى دستور ١٩٣٠ أما دستور ١٩٥٦ فقد نص فى المادة ٥٢ منه على أن للمصريين حق العمل وتعنى الدولة بتوفيره ، كما تنص المادة ٥٣ من ذات الدستور على أن تكفل الدولة للمصريين معاملة عادلة بحسب ما يؤدونه من اعمال وبتحديد ساعات العمل وتقدير الأجور التأمين ضد الأخطار وتنظيم حق الراحة والأجازات ونص فى المادة ٥٤ منه على أن ينظم القانون العلاقات بين العمال واصحاب الأعمال على أسس أقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الأجتماعية .

اما دستور ١٩٥٨ المؤقت لم ينص على حرية العمل ، بل أورد هذا الحق فى اطار ما أورده فى المادة ١٠ منه على أن الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون .

أما دستور ١٩٦٤ فقد نص فى المادة ٢١ منه على ان العمل فى الجمهورية العربية المتحدة حق وواجب وشرف ، لكل مواطن قادر والوظائف العامة تكليف للقائمين . ويستهدف موظفو الدولة فى أدائهم اعمال وظائفهم خدمة الشعب وتنص المادة (٤٠) من ذات الدستور على ان تكفل الدولة للمصريين معاملة عادلة ، بحسب ما يؤدونه من اعمال ، وبتحديد ساعات العمل وتقدير الأجور ، والتأمين الأجتماعى ، والتأمين الصحى ، والتأمين ضد البطالة وتنظيم حق الراحة والاجازات .

٥٢ - القضاء الادارى ، القضية رقم ٧١٢ / ٦ ق ، جلسة ١٩٥٤/٣/٢٩ س ٨ ، ص ١١٠٢ .

٥٣ - الطعن رقم ١٢٦٤ / ١١ ق ، جلسة ١٩٦٨/١/٢٠ منشور بالموسوعة الادارية الحديثة الطبعة الأولى ، ١٩٨٦ ، الجزء الثانى عشر ، ص ٢٥٩ .

٥٤ - الطعن رقم ٢٥٤٩ / ٦ ق ، جلسة ١٩٦٢/١٢/١ ، منشور فى المجموعة المشار اليها ص ٣١٧ وما بعدها .

٥٥ - الطعن رقم ١٣٨١ / ٢٩ ق ، جلسة ١٩٨٦/٣/٢٢ .

٥٦ - د . بكر القبانى ، نظرية المؤسسة المهنية فى القانون الادارى ، طبعة ١٩٦٢ ص ٢٦٠ وما بعدها .

٥٧ - سورة الجمعة آية ١٠ .

٥٨ - سورة البقرة آية ١٩٨ .

٥٩ - سورة الملك آية ١٥ .

٦٠ - ولمزيد التفاصيل ، د . محمد سليم محمد غزى ، المرجع السابق ص ٣٤ وما تلاها .

٦١ - يدرس البعض من الفقه الدستورى حق الملكية فى اطار الحريات الاقتصادية باعتبارها من الحريات ذات المضمون الاقتصادى (يراجع د . ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ وما تلاها د . منيب ربيع ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

٦٢ - د . احمد سلامة ، أحكام الملكية الفردية فى القانون المصرى ، الطبعة الثانية ١٩٨٠ ص ١٠ وما تلاها .

٦٣ - ولقد ورد النص على حق الملكية فى دستور ١٩٢٣ فى المادة ٩ منه التى تقضى بأن الملكية حرمة فلا

هــوامش

ينزع عن احد ملكه الا بسبب المنفعة العامة فى الأحوال المبينة فى القانون .. وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا .
وقد ردد دستور ١٩٣٠ ذات النص فى المادة (٩) منه وقد نص الاعلان الدستورى الصادر فى ١٩٥٣ فى المادة ٣ منه على ان للملكية حرمة وفق أحكام القانون . أما دستور ١٩٥٨ فقد نص فى المادة (١١) منه على أن الملكية الخاصة مصونة ، وينظم القانون اداء وظيفتها الاجتماعية ولا تزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون وقد رددت المادة (١٦) من دستور ١٩٦٤ ذات المعنى والمضمون المشار إليه .

٦٤ – يراجع فى ذلك ، د . فاروق عبد البر ، المرجع السابق ، ص ٣٥٥ وما تلاها .

٦٥ – د . سليمان الطماوى ، الوجيز فى القانون الادارى ، ١٩٨٢ ، مطبعة جامعة عين شمس ص ٥٨٧ وما تلاها . وايضا د . عزت صديق طنيوس ، نزع الملكية للمنفعة العامة دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ ، ص ٢٥ .

٦٦ – الطعن رقم ٢٤٤١ / ٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٥/٥/١٨ .

٦٧ – لمزيد من التفاصيل ، د . عزت صديق طنيوس ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ وما تلاها .

٦٨ – ولقد قضت المحكمة الادارية العليا (الطعن رقم ١١٣٣ / ٣٠ ق ، جلسة ١٩٨٥/٦/٢٩) بوقف تنفيذ قرار الاستيلاء على سند من القول بأن الثابت أن القرار المطعون فيه صدر من محافظ .... بالاستيلاء المؤقت على قطعة الأرض المملوكة للمدعى لصالح الشركة العربية لحلج الاقطان بغرض استخدامها لتخزين الاقطان الزهر ومخلفات الحلج ، فان هذا القرار لا يظاهره القانون لصدوره فى غير الأحوال الطارئة والمستعجلة التى يجوز فيها المحافظ الاستيلاء مؤقتا على العقارات ، إذ ليس ثمة حالة طارئة وقعت فجأة ولم يكن بالوسع توقعها أو حالة لا تحتمل الانتظار حتى تحل بالطرق والاجراءات العادية ، إذ أن الشركة كانت على وجه اليقين على بينة من امرها فى انتهاء مدة عقد استئجارها الأرض المطعون ضده فى آخر يونيه ٨٢ وكانت تعلم بذلك منذ امد طويل وبالتالى فان القرار المطعون فيه يمثل عدوانا على أرض المدعى وإعتداء على حق الملكية الذى حرص الدستور على حمايته وصيانته .

٦٩ – الادارية العليا ، الطعن رقم ١١٣٣ / ٣٠ ق ، جلسة ١٩٨٥/٦/٢٩ .

٧٠ – الادارية العليا ، الطعن رقم ١٠٧٨ / ٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٥/٤/٢٧ .

٧١ – الادارية العليا ، الطعن رقم ١٢٢٩ / ٢٧ ق ، جلسة ١٩٨٣/١٢/١٠ .

٧٢ – الادارية العليا ، الطعن رقم ١٦٨٥ / ٣٣ ق ، جلسة ١٩٨٩/٢/٢٥ .

٧٣ – الطعن رقم ٣٠٣٥ / ٢٩ ق ، جلسة ١٩٨٥/١١/٢٣
والطعن رقم ٣١ / ٣١ ق ، جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥ .

٧٤ – الادارية العليا ، الطعن رقم ٢٢٧٩ / ٣٣ ق ، جلسة ١٩٨٩/٥/١٣ .

٧٥ – الادارية العليا ، الطعنان ٤٨٩ / ٨١٥ / ٣٧١ ق ، جلسة ١٩٨٦/١/١٨ ، والطعن رقم ٢٣٩٢ / ٣٠ ق جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٥ .

٧٦ – الادارية العليا ، الطعنان ١٢٩٩ / ١٣٨٩ / ٣٤ ق ، جلسة ١٩٨٩/٣/١٨ .

٧٧ – الادارية العليا ، الطعنان ٩١١ ، ٩١٥ / ٢٧ ق ، جلسة ١٩٨٥/٦/١ وايضا الطعن رقم ٢١٤٨ / ٣١ ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٣ .

٧٨ – انظر . سيد قطب ، العدالة الاجتماعية فى الاسلام ، القاهرة ١٩٨٣ ، دار الشروق ص ٨٨ .

٧٩ – د . عبد الحميد متولى المرجع السابق ، ٢٥٣ وما تلاها .

نظرية الشركة في الفقه الإسلامي

للاستاذ الدكتور/ نجيب محمد بكيـــر

الفصل الأول
ماهية الشركة ومشروعيتها في الفقه الاسلامي

ماهية الشركة :

نعرض هنا المعاني المختلفة للفظ الشركة في الفقـه الإسلامي :

الشركة[١] معناها لغة خلط أحد العاملين بالآخر بحيث لايتمايزان عن بعضهما :

– واما في الاصطلاح فهو يختلف باختلاف أنواعها لأن الشركة تتنوع ، كما سيجيىء إلى أنواع مفاوضة وعنان وأبدان ووجوه ومضاربة .

– ولفظ «الشركة» يطلق على العقد ، كسبب منشيء للشركة ، كما يطلق على الوضع الجديد الذي ينشأ بين الشركاء[٢] .

ويطلق الفقه الإسلامي لفظ الشركة على معان مختلفة كما سيأتي :-

أ – قد يقصد بلفظ الشركة «شركة اباحة» والمقصود بها اشتراك سائر افراد المجتمع في الانتفاع بالأموال المباحة .

والأصل في ذلك حديث الرسول ﷺ «الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار» .. وواضح هنا التوسع من الفقهاء في المعنى المقصود من لفظ الشركة إذ المراد من هذا الحديث اباحة انتفاع جميع الأفراد بمختلف المباحات ، وهو حق من الحقوق العامة .

ب – ويطلق لفظ الشركة أيضا ويقصد به شركة الملك وهي الحالة التي يمتلك فيها اثنان أو أكثر شيئا واحدا سواء كان ذلك أثر التصرف الصادر منهم كشراء اثنين لعقار معين ، أو كان بسبب لا دخل لارادة الشركاء فيه كالارث اذا خلف الورثة مورثهم فيما كان يملكه مع ابقاء هذا الملك دون قسمة بينهم وهو ما يعرف بالملك الشائع[٣] .

ج – وقد يقصد بلفظ الشركة ، الشركة في الدين .

د – ويطلق لفظ الشركة كذلك ويقصد به شركة العقد – أي تلك التي يكونها اثنان أو أكثر بطريق التعاقد بقصد تحقيق الربح كما يقصد به العقد المنشيء للشركة[٤] .

هـ – ويطلق لفظ الشركة كذلك على ما يعرف باسم «شركة الجبر» وهي عبارة عن أن يشترى شخص سلعة بحضرة تاجر اعتاد الاتجار في هذه السلعة ولم يخطر بانه يريد أن يشتريها لنفسه خاصة ولم يتكلم ذلك التاجر فان له الحق في أن يشترك فيها مع من اشتراها ويجبر من اشتراها على الشركة مع ذلك التاجر .

والمالكية يقولون ان عمر رضى الله عنه قضى بهذا عملا بالعرف في ذلك ويشترط فيها ستة شروط ثلاثة في السلعة وثلاثة في الشخص الذي يريد الاشتراك فاما الشروط الخاصة بالسلعة فهي أن تشترى بالسوق الذي تباع فيه عادة وان يكون شراؤها للتجارة فاذا اشتراها للاقتناء

أو ليجعلها اثاث منزله فانه لا حق للغير في أن يشاركه فيها وأن يكون الأتجار بها فى البلد الذى أشتريت به فاذا اشتراها للسفر بها فانه لا يجبر على الشركة فيها .

وأما الشروط المتعلقة بالشخص الذى يطلب الاشتراك فهى أن يكون حاضرا فى السوق وقت شراء السلعة وأن يكون من تجار تلك السلعة التى بيعت بحضرته وان لا يتكلم وقت الشراء وهناك شرط آخر يتعلق بالمشترى وهو أن لا يقول لهم إننى اشترى ولا أريد أن اشارك أحدًا فمن شاء أن يزيد فليفعل فان قال ذلك فانه لا يجبر الحاضر على مشاركة المشترى الا إذا طلب ذلك فقيل[٥] .

وقد عرف ابن قدامة[٦] «من الحنابلة» الشركة بقوله :

«الشركة : هى اجتماع فى استحقاق أو تصرف»[٧] .

– ومما تقدم يتضح ان نطاق استعمال لفظ الشركة فى الفقه الاسلامى اوسع مما فى القانون الوضعى .

شركة العقد :

اشرنا إلى أن[٨] لفظ الشركة قد يطلق على العقد كسبب منشىء للشركة ، كما يطلق على الوضع الجديد الذى ينشأ بين الشركاء .

فيقصد بـ «شركة العقد» إما العقد الذى يبرمه اثنان أو أكثر للاشتراك بالمال أو العمل .. بقصد تحقيق الربح «أو للحصول على المال واستنمائه» أو هى ذات اجتماع فى التصرف الذى يترتب على العقد .

التقارب بين معنى الشركة عند فقهاء القانون الوضعى ، والمعنى المقصود منها عند فقهاء المسلمين :-

يطلق تعبير «الشركة عند فقهاء القانون الوضعى على العقد المنشىء للشركة وكذلك على الشخص المعنوى الاعتبارى او المجازى» الذى ينشأ بعقد الشركة[٩] .

– وعند فقهاء المسلمين كذلك ، فعلى سبيل المثال يعرف صاحب كشاف القناع «من الحنابلة» الشركة بانها «اجتماع فى استحقاق أو اجتماع فى تصرف»[١٠] .

فالشركة تطلق على ذات الأجتماع أى على المجموع الذى يبرز بسبب العقد .

كما تطلق على العقد حيث نجد فى نهاية المحتاج من كتب المذهب الشافعى فالشركة «ثبوت الحق شائعا فى شىء واحد أو عقد يقتضى ذلك[١١] .

– ونجد الحصكفى من الحنفية[١٢] يعرف الشركة فيقول : «لغة الخلط سمى بها العقد لأنها سببه شرعا» .

– ويشرح ابن عابدين فى حاشيته على الدر ذلك بقوله ... «لأن العقد سببه الشركة التى حقيقتها الخلط . فالعلاقة السببية من اطلاق اسم المسبب على سببه[١٣] .

فالشركة إذن فى الفقه الأسلامى هى :

– أما العقد الذى يبرمه اثنان أو أكثر للاشتراك بالمال أو العمل بقصد تحقيق الربح ، أو هى ذات إجتماع فى التصرف الذى يترتب على العقد .

وفى نطاق القانون الوضعى هى «أى الشركة» أيضا اسم للعقد المنشىء لها أو الشخص المعنوى الذى يتكون من اجتماع الأشخاص والاموال وينشأ بانعقاد العقد[١٤] .

- ومن هذا يبين أن الفقه الأسلامى عرف منذ القدم ما يطلق عليه رجال القانون الشخصية الاعتبارية .. أو المعنوية أو المجازية» للشركة أى الشخص المعنوى الذى يتولد عن اتفاق الشركاء على انشاء الشركة والذى يثبت له بعض حقوق الشخص الطبيعى أو الآدمى «الانسان» .

مشروعية الشركة فى الفقه الأسلامى :

الشركة بوجه عام[١٥] : ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع على التفصيل الآتى :-

أولا : الكتاب الحكيم : قول الله تعالى فى سورة النساء : «فهم شركاء فى الثلث[١٦] وقوله سبحانه وتعالى فى سورة ص «وان كثيرا من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم»[١٧] .

والخلطاء هم الشركاء .

ثانيا : السنة النبوية : ما جاء عن أبى المنهال «ان البراء بن عازب وزيد بن ارقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة ، فبلغ رسول الله ﷺ ، فأمرهما أن ما كان ينقد فاجيزوه وما كان نسيئة فردوه»[١٨] .

وروى عن النبى ﷺ أنه قال «يقول الله : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه» فاذا خان احدهما صاحبه خرجت من بينهما»[١٩] .

وروى عن النبى ﷺ انه قال «يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا[٢٠] .

وأيضا ما روى عن السائب بن أبى السائب أنه قال للنبى ﷺ : «كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى[٢١] .

ثالثا : الاجماع : فقد اجمع المسلمون على جواز الشركة فى الجملة وإنما اختلفوا فى أنواع منها[٢٢] ، فالشركة من حيث الأصل والمبدأ جائزة بالاجماع[٢٣] .

وشرع الشركة روعى فيه مصالح الناس حيث ان الشركة وسيلة من وسائل استثمار الأموال وإنمائها بطريقة عملية ناجحة للقيام بالمشروعات التى لا يستطيع الفرد القيام بها ، وإن استطاعها فقد يحجم عنها مخافة تحمل تبعة خطيرة أو خسارة فادحة ، فالحاجة إلى الشركات جد متحققة ورفعا للحرج ورعاية للمصالح كانت إجازتها وبذلك يتضح أن اجازة الشركة ثبت بالكتاب الحكيم وبالحديث القدسى والسنة التقريرية وإجماع المسلمين[٢٤] واخيرا فإن المصلحة تقتضيها فالشركة مشروعة فى الاسلام وقد تبين أنها كانت معروفة قبله فاقرها[٢٥] .

- وما كان الأسلام ليلغى التعامل بالشركة وقد ثبت أنها الطريق الذى كان يحتاجه المستقبل بما فيه من نشاط تجارى واقتصادى هام يحتاج إلى تضافر الجهود وجمع الأموال «بل هو قد ندب إليه بدليل الحديث القدسى» «أنا ثالث الشريكين ...» فان الله سبحانه وتعالى يبقى مع الشركاء يعينهم وينزل البركة فى تجارتهم ما لم تقع الخيانة بينهما فإن وقعت رفع الله عنهما العون ، وهذا ما يدل عليه معنى «خرجت من بينهما»[٢٦] .

الفصل الثانى
القواعد العامة للشركات فى الفقه الاسلامى

كانت فكرة الشركة محل

اهتمام الفقه الاسلامى إذ ان الشركة تقوم بدور أقتصادى هام لأنها تقوى على الأغراض التى يعجز الأفراد متفرقين عن تنفيذها لما تتطلبه من أموال كثيرة وجهود طويلة وما يحوطها من مخاطر قد تصد الأفراد عن القيام بها ، ولكنهم بتضامنهم وضم جهودهم وأموالهم يصبحون قوة تستطيع تحقيق الغرض المطلوب[٢٧] .

– ومن مظاهر اهتمام الفقه الأسلامى بالشركة عدم ترك أمر تنظيمها للقواعد الأتفاقية فقط كما لم يترك هذا الأمر للقواعد المعروفة فى اصطلاح القانون بالقواعد المكملة «أو المفسرة أو المقررة أو المتممة» وهى التى لا تكون ملزمة إلا فى الأحوال التى لا يتفق الشركاء على خلافها .

ولهذا نجد الكثير من القواعد الملزمة التى لا يجوز الاتفاق على خلافها وإذا قام هذا الأتفاق كان باطلا[٢٨] **هذه القواعد الملزمة التى يجب الألتزام بها تمثل القواعد العامة للشركات فى الفقه الاسلامى[٢٩] وفيما يلى امثلة لأهم تلك القواعد :**

١ – الوضيعة على رأس المال :

وبمقتضى هذه القاعدة توزع الخسارة على الشركاء تبعا لنسبة حصصهم المالية التى قدموها فى رأس مال الشركة – لأن الخسارة انما هى فى النهاية جزء هالك من المال فيجب أن تقع فيه ويتحملها الشركاء أصحاب الحصص المالية[٣٠] .

٢ – توزيع الربح على قدر الحصص المالية :

وتقضى هذه القاعدة بأن الحصة المقدمة فى رأس مال الشركة تحدد نصيب الشريك فى الأرباح فلابد من التناسب بين الحصة المالية وقدر نصيبها من الربح وعلى هذا لا يجوز أن يفضل نصيب أحد الشركاء نصيب شريك آخر فى الربح إذ كانا قد تساويا فيما قدما من رأس المال[٣١] .

٣ – الحصة بالعمل لا تدخل فى تكوين رأس مال الشركة :

فالحصة بالعمل حصة غير مالية بمعنى أنها لا تتكون من أموال تقدم للشركة – فهى مجهود شخصى يبذله الشريك الذى يقدمها على مدار حياة الشركة وهى لذلك لا تدخل فى تكوين رأس مال الشركة[٣٢] .

– والمقصود بالعمل Industrie المجهود الشخصى للشريك الذى يمكن أن تنتفع به الشركة بشرط أن يكون عملا جديا[٣٣] .

٤ – ضرورة تقويم حصص العمل لمعرفة نصيبها من الربح :

فالحصص بالعمل وإن كانت لا تدخل فى تقدير رأس مال الشركة ، الذى يتكون فقط من مجموع الحصص النقدية والعينية ، لأنه الضمان العام لدائنى الشركة ، ولذلك يجب أن يكون ضمانا حقيقيا لا وهميا وخشية المغالاة فى تقدير الحصص بالعمل – فرغم أن هذه الحصص «أى الحصص بالعمل» لا تدخل فى تقدير رأس المال إلا أن يجب تقويمها لمعرفة حصتها من الربح – وحتى لو كان هذا التقويم ضمنيا بتحديد نصيب الحصة بالعمل أو حصص العمل من الربح لأن مقدار حصة الربح يتضمن تقويم حصة العمل تقويما نقديا وان كان ضمنيا – إذ أن العمل متقوم بالمال[٣٤] .

٥ – جهالة تقويم الحصص «بما فى ذلك حصص العمل ان وجدت» يؤدى الى فساد الشركة :

فاذا كان توزيع الربح – يكون من حيث المبدأ – على قدر الحصص المالية – كما قدمنا – فانه يلزم معرفة هذه الحصص – خاصة وأن رأس المال – كما ذكرنا – يتكون من مجموع الحصص النقدية والعينية[٣٥] .

– وبالنسبة للحصة بالعمل – فالقاعدة أن صاحب الحصة بالعمل يستحق الربح بالشرط[٣٦] وهذا يقتضى ضرورة التقويم – كما أسلفنا .

٦ – عدم جواز الاتفاق على الاعفاء من تحمل الشركاء نتائج الخسارة :

سبق أن أشرنا إلى القاعدة التى تقضى بأن الوضيعة على رأس المال «وسبب إيراد هذه القاعدة» عدم جواز الاتفاق على الأعفاء من تحمل الشركاء نتائج الخسارة هو أن الفقه الاسلامى لا يجيز أى اتفاق على الأعفاء من تحمل نتائج الخسارة حتى بالنسبة للشريك الذى يقدم عمله «الشريك صاحب الحصة بالعمل» لأن اعفاءه يؤدى الى حصوله على مقابل لحصته فى كافة الأحوال سواء حققت الشركة ربحا أم لا ، وهذا يخرج به عن طبيعة الالتزامات الواجبة على الشركاء ، كما أنه من الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة ، مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر – هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى إذا تحققت أية خسارة وأعفى صاحب حصة العمل من تحمل نتائجها ، فمعنى ذلك أنه سيحصل على جزء من رأس المال الذى يكون قد نقص نتيجة للخسارة ، وهذا غير جائز حيث أنه يشترط أن يكون التوزيع من الأرباح وحدها وليس من رأس المال تطبيقا لمبدأ سلامة رأس المال[٣٧] ، [٣٨] .

٧ – نظرة الفقه الاسلامى للشريك صاحب الحصة بالعمل تخلص فى «عمل بالمصلحة وامتناع عن الضرر» :

وتطبيقا لذلك فإن عمل المضارب «الشريك بالعمل» خارج نطاق الشركة مقيد، بشرط عدم الأضرار بالشركة تطبيقا للقاعدة العامة التى تحكم المعاملات لا ضرر ولا ضرار[٣٩] .

٨ – الخسارة العامة التى يجب أن يتحملها الشريك بالعمل يجب أن تتفق مع طبيعة حصته التى التزم بتقديمها :

التزام الشريك بالعمل أصلا التزام غير مالى وان كان قابلا للتقويم المالى ، فهو يقدم عملا ، وعلى ذلك فالخسارة الطبيعية هى فقد مقابل هذا العمل من الأرباح وضياع وقته وجهده ، ولا يتعدى هذا القدر إلى أى التزام مالى إلا إذا كان ما لحق بالشركة قد نتج عن اهمال هذا الشريك أو تفريطه ، فيجب أن يتحمل مسئولية ذلك ، إذ يكون قد أخل بالتزامه الذى يفرض عليه قدرا من العناية وهو عناية الشخص المعتاد فإذا لم يبذل هذا القدر من العناية

وترتب على ذلك الحاق الخسارة بالشركة كان مسئولا عن الأضرار التى وقعت فيتحمل حينئذ بالاعباء المالية جزاء لاخلاله بالتزامه أما الخسارة العادية التى يتحملها صاحب الحصة بالعمل فيجب أن تتفق مع طبيعة حصته التى التزم بتقديمها للشركة – كما أسلفنا[٤٠] .

ولذلك لو شرط كل من المضارب ورب المال فى عقد المضاربة أن تكون الوضيعة «الخسارة» عليهما بطل هذا الشرط تطبيقا لما أوردناه آنفا

٩ - ليس لصاحب الحصة بالعمل حتى على رأس مال الشركة :

وهذه القاعدة باعتبار أن الشريك صاحب الحصة بالعمل فقط ليس من اصحاب الحصص المالية ولذلك نجد عند القسمة بعد انتهاء الشركة ليس لـ «أى شريك بالعمل» أى حق على موجودات الشركة قبل أن يسترد أصحاب الحصص المالية كل قيمتها(٤١) .

١٠ - يستحق الربح عند الحنفية «ماعدا زفر» باحد اشياء ثلاثة ، تارة بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان وسواء عمل الشركاء «فى الشركة بالاعمال» جميعا أو عمل احدهما دون الآخر فالربح بينهم بشرط العمل لا بوجود العمل(٤٢) ، وهذا يعني عدم العبرة فى شركة الأعمال بتفاوت العمل بين الشريكين ، ما لم يتفق الشركاء على التفاصيل فى الربح لمن يقدم عملا أكثر أو تتوافر له مهارة خاصة .

- وأما عند زفر فالربح لا يستحق إلا بالمال لأنه نماء الملك فيكون على قدر المال(٤٣) .

١١ - مبدأ اثبات رأس مال الشركة :

اتفقت آراء فقهاء المذاهب الاسلامية على أنه لا ربح الا بعد أن يسلم رأس المال إذ هو أصل والربح تبع ، فما لم يسلم الاصل لا يمكن أن يسلم الفرع - ويذكرون فى هذا الصدد حديث رسول الله ﷺ «مثل المؤمن كمثل التاجر لا تسلم له قوافله قبل أن تسلم فرائضه وعلى ذلك أوجبوا تعويض الخسارة من الربح ولذلك بحسب الأصل - طالما بقيت الشركة وهذا الحكم يعتبر ضمانا لرأس المال الذى يجب أن يظل سليما دون مساس(٤٤) .

وتطبيقا لمبدأ سلامة رأس المال حتى أنه أصبح من المقرر فى الفقه الاسلامى ان الأرباح التى تتحقق تجبر بها الخسارة التى قد تمنى بها الشركة وذلك وقاية لرأس المال(٤٥) .

الفصل الثالث

أنواع الشركات لدى المذاهب الفقهية والفقهاء

استطراد :

سبق أن عرضنا فى الفصل الأول من القسم الأول المعانى المختلفة للفظ الشركة فى الفقه الاسلامى واشرنا الى أن لفظ الشركة قد يقصد به شركة اباحة وشركة الملك وشركة العقد وشركة الجبر(٤٦) .... والذى نعنيه عند التعرض لانواع الشركات هنا - تقسيم الفقه الاسلامى **لشركة العقد :-**

وشركة العقد هى الشركة التى تقع اختيارا بطريق العقد ، ويقصد منها استثمار المال واحيانا الحصول عليه(٤٧) .

تقسيم الشركات عند الحنفية

يقول أبو الليث السمرقندى (وإنما شركة العقود على أربعة أوجه : مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه ، ويقال شركة المضاربة(٤٨) .

- بينما يقول الكاسانى : «أنواع شركة العقود ثلاثة شركة بالاموال ، وشركة بالأعمال وتسمى شركة

الابدان وشركة الصنائع وشركة التقبل وشركة بالوجوه ..» ثم يقول فى موضع آخر : «... وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا أنها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة[٤٩] .

- وذكر الموصلى : «وشركة العقود نوعان شركة فى المال وشركة فى الأعمال ، فالشركة فى الأموال أنواع مفاوضة وعنان ووجوه وشركة فى العروض والشركة فى الاعمال نوعان ، جائزة وهى شركة الصنائع وفاسدة وهى الشركة فى المباحات»[٥٠] .

- وجاء فى حاشيه أبى السعود : «جعلها المصنف تبعا لصاحب الهداية مفاوضة وعنانا وتقبلا ووجوها قال الاتقانى وفيه نظر لأنه يوهم أن شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان ، والأولى فى التقسيم ما ذكره الطحاوى الكوفى وعليه جرى الزيلعى ....[٥١] .

وقد أحاطت النصوص السابقة بتقسيمات الحنفية للشركات ، ومنها يتضح اختلافهم فى كيفية التقسيم بين اتجاهين :

- اتجاه يعتبر المفاوضة والعنان شركتين أصليتين .

- واتجاه آخر يعتبرهما شكلين (وهذا ما نؤيده لما سيجيء) يدخلان على الاقسام الاصلية وهى الأموال والوجوه والصنائع - والبعض يضيف شركة المضاربة الى هذه الأقسام[٥٢] .

ونتناول فيما يلى تقسيم الشركات[٥٣] لدى كل من الاتجاهين عند الحنفية :

الاتجاه الأول : يقسم الشركة الى أربعة أقسام هى :

شركة مفاوضة - شركة عنان - شركة صنائع - شركة وجوه[٥٤] .

أ - شركة المفاوضة :

وهى أن يشترك اثنان أو أكثر بالمساواة مالا وتصرفا وربحا - أى لا يجوز أن يتفاضل شريك فى هذا النوع عن شريك آخر وهذا مقتضى المساواة المشروطة بين الشركاء ، وشرط المساواة بين الشركاء شرط ابتداء وبقاء فاذا اختلت المساواة فى أى فترة من حياة الشركة فسدت الشركة سواء كان هذا الاختلال فى المال أو فى التصرف أو فى الربح .

ب - شركة عنان :

وهى أن يشترك اثنان أو أكثر ببعض المال أو مع التساوى فى المال أو فضل مال أحدهما مع المساواة فى الربح أو الاختلاف فيه - فلا تشترط المساواة بين الشركاء فى هذه الشركة كما أن المساهمة بكافة أموال الشركاء التى تصلح رأس مال للشركة ليست شرطا فيها[٥٥] وشركة العنان تنعقد على الوكالة دون الكفالة بخلاف المفاوضة التى تنطوى على الوكالة والكفالة[٥٦] .

ج - شركة الصنائع :

(ويطلق عليها الابدان - الأعمال - التقبل - التجر - المحترفة) - وهى أن يشترك صانعان اتفقا فى الصنعة (أو اختلفا عند البعض) على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما .

د - شركة الوجوه :

(وتسمى أيضا شركة المفاليس) وهى أن يشترك اثنان لا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما . ويبيعا نقدا ونسيئه ويكون الربح بينهما **والاتجاه الثانى عند الاحناف** - يتجه الى تقسيم

الشركة الى شركة أموال(٥٧) وشركة أعمال(٥٨) وشركة وجوه(٥٩) وكل من منهما قسمتان : شركة مفاوضة وشركة عنان(٦٠) ، (٦١) .

تقسيم الشركات عند الحنابلة

يقول المذهب الحنبلى بما قال به الحنفية (بوجه عام) دون اختلاف فى كيفية التقسيم :

فقد ذكر ابن قدامة فى المغنى والشركة على ضربين : شركة املاك وشركة عقود ، وهذا الباب لشركة العقود وهى انواع خمسة : شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة والمفاوضة .(٦٢) .

تقسيم الشركات عند المالكية

يقسم المالكية الشركة الى ذات الاقسام التى يقسمها اليها الحنفية ولكنهم لا يجيزون الشركة بالوجوه «بمفهوم الاحناف» والتى يطلق عليها المالكية شركة ذمم - لان شركة الوجوه عندهم لها مدلول آخر اذ هى « الشركة التى يأخذ فيها الوجيه مال الخمل ليتاجر فيه لثقة الناس بالوجه» .

والمالكية لا يجيزون هذين النوعين من الشركة ، «الوجوه والذمم» مع اختلاف مفهوم الوجوه عند الحنفية عنه عند المالكية كما اوضحنا(٦٣) .

وقد اضاف المالكية الى انواع الشركات ، شركة الجبر وهى عبارة عن ان يشترى شخص سلعة يحضره تاجر اعتاد الاتجار فى هذه السلعة ولم يخطر بانه يريد ان يشتريها لنفسه خاصة ولم يتكلم ذلك التاجر فان له الحق فى ان يشترك فيها مع من اشتراها ويجبر من اشتراها على الشركة مع ذلك التاجر(٦٤) .

وأما شركة العنان فرغم أنه قد روى عن الامام مالك «كما سيجيىء » انه لا يعرف العنان(٦٥) الا ان اسم العنان قد ساد فى كتب المالكية من بعده وعلى ذلك فالانواع الجائزة من الشركات لدى المالكية هى : -

مفاوضة وعنان وجبر وعمل ومضاربة(٦٦) .

تقسيم الشركات لدى الشافعية

أما الشافعية فبعد ان ذكروا اقسام الشركة لا ياخذون **الا بشركة العنان فى الاموال اما شركة الابدان والمفاوضة والوجوه فقد اعتبروا هذه الانواع باطلة(٦٧) .**

تقسيم الشركات عند الشيعة الزيدية

يتفق الشيعة الزيدية مع الحنفية «بوجه عام» فى تقسيم الشركات الى : مفاوضة وعنان ووجوه وابدان(٦٨) .

تقسيم الشركات عند أهل الظاهر والشيعة الامامية

ذهب اهل الظاهر والشيعة الامامية الى نفس موقف الشافعية اذ لا يجيزون الشركة الا فى اعيان الاموال(٦٩) .

وبذلك لا تصح شركة الابدان وشركة الوجوه . اذ لا مال يخرجه فيهما واحد من الشركاء ، كما لا تصح شركة المفاوضة حيث يشترط فيها التساوى بين الشركاء فى رأس المال(٧٠) .

وجدير بالذكر ان تقسيمات الشركة تشمل «المضاربة» وقد لا حظنا ان بعض المذاهب قد اغفل ذكرها وهذا راجع الى ان هذا البعض يعتبرها شركة فى الربح .

حيث ان المال فيها من

جانب والعمل من جانب آخر ولا يشتركون الا فى اقسام الربح[٧١] .

وسوف يتضح لنا عند بحث التكييف القانونى للمضاربه انها شركة بمفهوم الشركة كما ان القانون السودانى تناولها ضمن ماتناوله من بعض انواع الشركات الاسلامية[٧٢] .

وبعد ان عرضنا لتقسيمات الشركات عند المذاهب الاسلامية نتناول فى الفصل الرابع من القسم الاول وضع كل من المفاوضة والعنان بين الشركات فى الفقه الاسلامى لبيان ما اذا كان كل منهما (المفاوضة والعنان) شركة مستقلة ام انها اسلوب عمل أو شكل للشركة اذ قد تتخذ الشركة اسلوب أو شكل المفاوضة بشروطها المعروفة فى الفقه الاسلامى أو تتخذ اسلوب أو شكل العنان .

اما القسم الثانى فسوف نتناول فيه كما اشرنا آنفا شركات الاموال والاعمال ،

والوجوه ، والمضاربة – كل شركة فى فصل مستقل كما سيأتى بإذن الله .

الفصل الرابع
المفاوضة والعنان بين الشركات فى الفقه الاسلامى

نتناول فى هذا الفصل وضع كل من المفاوضة والعنان بين الشركات فى الفقه الاسلامى وموقف المذاهب الفقهية بشأنهما بين الاجازة والمنع وبيان ما اذا كان الارجح هو اعتبارهما اسلوب عمل أو شكلا للشركة كما أشرنا ، أم أن كلا منهما تعتبر شركة مستقلة .

المفاوضة

أشرنا الى أن الاتجاه الثانى عند الاحناف يتجه الى تقسيم الشركة الى :–

١ – شركة أموال .
٢ – شركة أعمال .
٣ – شركة وجوه .

وكل من هذه الشركات قد تكون مفاوضة أو عنانا .

ولذلك يمكن أن نورد تعريفا جامعا مانعا للمفاوضة «عند الحنفية» بانها الشركة التى يتساوى فيها الشركاء ابتداء وانتهاء فى كل ما يجب المساواة فيه سواء المال أو التصرف «العمل» أو الدين والربح[٧٣] .

وأما العنان فهى على عكس ذلك إذ أنها الشركة التى يشترط فيها المساواة[٧٤] .

شروط المفاوضة عند الحنفية :

أ – يشترط فيها المساواة بين الشركاء **فى رأس المال** فلا يجوز أن يزيد ما يقدمه أحد الشركاء عما يقدمه غيره من أموال[٧٥] .

ب – يشترط أن يتساوى الشركاء فى التصرف ولذلك فانها لاتصبح الا بين اشخاص كاملى الأهلية ببلوغهم راشدين فلو عقد بين بالغ راشد وصبى مميز ولو كان ماذونا فى التجارة لم تصح لاخلال ذلك بشرط المساواة[٧٦] .

ج – أن يكون لكل من الشركاء أهلية الوكالة فيكون كل واحد من الشركاء وكيلا عن الشريك الآخر أو الشركاء الآخرين فى الشراء والبيع وتقبل الأعمال وغير ذلك .

د – أن يكون لكل من الشركاء أهلية الكفالة فكل شريك كفيل عن شريكه فيما لزمه من التجارة[٧٧] .

هـ – يجوز ان تكون فى عموم التجارات وقد تكون فى واحدة منها أى فى نوع واحد

منها – ولكن لا يجوز أن يختص أحد الشريكين أو الشركاء بتجارة دون الآخر – لما في الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة[٧٨] .

ز – شرط المساواة بين الشركاء شرط ابتداء وبقاء فاذا اختلت المساواة في أي فترة من حياة الشركة فسدت المفاوضة سواء كان هذا الاختلال في المال أو في التصرف أو في شرط الربح .

– وقد رأى البعض أنه اذا امتلك أحد الشركاء في خلال فترة قيام الشركة ما لا يصلح أن يكون رأس مال لشركة المفاوضة فسدت لانتفاء شرط المساواة[٧٩] .

ونرى أن هذا الاشتراط أمر يصعب تحقيقه لأنه ان امكن توافره في بدء حياة الشركة الا إنه يندر استمراره إذ قد يرث أحد الشركاء مالا أثناء حياة الشركة أو يؤول إليه عن طريق الهبة مثلا فطبقا للشرط المتقدم أو وجهة نظر البعض تفسد الشركة لانتفاء شرط المساواة – كما نرى أن هذا الاشتراط يخلط بين الحصة المقدمة من الشريك وضمان الشريك أو مدى مسئوليته عن التزامات الشركة فالضمان بالنسبة لهذا الشريك كما هو الحال بالنسبة للشريك المتضامن من يشمل كافة ماله من اموال ولكن حصته في الشركة محددة بما قدمه أو تعهد بتقديمه للشركة .

ونرى ان ما يعنيه شرط المساواة في المفاوضة أن يكون ما قدمه أحد الشركاء في الشركة مساويا لما قدمه الشريك الآخر فهذا أمر يمكن أن يتحقق في بعض أنواع من الشركات إذا ارادت أن تتخذ شكل المفاوضة واما اشتراط أن يستمر التساوى في كل شيء بين الشركاء طوال حياة الشركة فامر يصل الى حد الاستحالة فهو صعب التحقيق عملا إذ كما اوضحنا – قد يؤول مال خاص لاحد الشركاء وربما لايرغب حتى في تقديمه للشركة أو قد تطرأ على صحة أحد الشركاء مرضا مما يجعله غير قادر على تقديم ذات العمل الذى يقوم به غيره من الشركاء الى آخر ما يجعل المساواة المطلقة وان تحققت في بدء الشركة – طوال حياة الشركة أمرا غير متصور .

وقد رأى البعض أنه نظرا لأن كل شريك في المفاوضة يكون كفيلا عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع كما أنه وكيل عنه فيما له فلا يصح أن يكون مال أحد الشريكين شركة مفاوضة أقل من مال صاحبه ولكن ذلك مشروط بان يكون المال مما تصبح الشركة به بان كان نقدا **فلا يصح أن يملك أحدهما ألف جنيه ويملك الآخر خمسمائة مثلا[٨٠] فاذا تساويا في ملك النقدين[٨١] ولكن انفرد احدهما بملك عقار او عروض تجارة أو دور فانه يصبح أى يكون تصرف أحدهما أقل من تصرف صاحبه[٨٢]** .

ج – ذهب أبو يوسف ومحمد الى أنه يلزم أن تعقد المفاوضة بلفظ المفاوضة أو ما يدل عليها حتى يقف كل شريك على ماهيتها لأن لها شرائط لا يجمعها من وجهة نظرهما الا لفظ معبر عنها والعوام قلما يقفون على ذلك وان كان العاقد يدرك معناها حازان تعقد بلفظ آخر[٨٣] .

ونرى أنه نظرا لأن العبرة في العقود بمعانيها لا بالفاظها وطالما أن اطراف العقد أى عقد شركة تتخذ شكل المفاوضة يدركون ماهيتها

وشرائطها فيجوز أن تعقد باى لفظ ما دامت شروط العقد ذاتها تفصح عن أن ارادة المتعاقدين تهدف إلى ان تكون العلاقة بينهما أو بينهم علاقة مفاوضة .

هذا وفقد شرط فى عقد المفاوضة فان الشركة تصير عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان(٨٤) .

وجدير بالذكر أن المفاوضة عند الحنفية كما تكون فى شركات الأموال فانها تجوز فى شركات الابدان والوجوه أيضا(٨٥) .

المفاوضة من وجهة نظر المالكية :

لاتفترق المفاوضة عند المالكية عن العنان الا فى استقلال كل شريك بالتصرف فى حضر صاحبه وكذلك فى غيبته(٨٦) .

- أى أن معنى المفاوضة عند المالكية أن يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف فى غيبته وحضوره(٨٧) .

وتقع عندهم فى جميع انواع الممتلكات ، فلابد أن يطلق كل من الشركاء للآخرين حرية التصرف فى البيع والشراء والغيبة والحضور فى جميع أنواع التجارة(٨٨) .

ويمكن القول أن المفاوضة عند المالكية بوجه عام ليست إلا نوعا من العنان تزيد فيه سلطات الشريك .

المفاوضة عند الحنابلة :

يتكلم معظم الحنابلة عن نوعين للمفاوضة يجيزون أحدهما ويقولون بفساد الآخر والنوع الجائز أن يشترك الشركاء فى جميع أنواع الشركة مثل ان يجمع الشركاء بين شركة العنان والوجوه والأعمال لان كل نوع من هذه الأنواع يصح على الأنفراد فيصح مع غيره(٨٩) .

- والنوع غير الجائز من المفاوضة عند الحنابلة ان يدخلا بينهما فى الشركة ما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو ما يجده من لقطة او ركازا وغير ذلك(٩٠) .

الشيعة الزيدية :

يتفق الشيعة الزيدية مع الحنفية فى تقسيم شركة العقد الى أربعة أنواع : مفاوضة وعنان ووجوه وابدان(٩١) .

موقف المذاهب المختلفة من المفاوضة :

اجاز المفاوضة كل من الحنفية والحنابلة والمالكية والزيدية الا انهم اختلفوا فى ماهية المفاوضة .

الحنفية :

منهم من يعتبر المفاوضة والعنان شركتين اصليتين ومنهم من يعتبرهما نوعين يدخلان على الأقسام الاصلية (الاموال والوجوه والصنائع)(٩٢) .

فمن الاحناف من يعتبر المفاوضة شكل لشركة تتخذ شكل المفاوضة بكل ما عرفناه من أحكامها . ومنهم من يعتبر المفاوضة شركة مستقلة .

والمفاوضة عند الاحناف من وجهة نظر الفريق الأول تدخل على كل من شركة الأموال والابدان والوجوه ،كما اسلفنا،(٩٣) .

الحنابلة :

بعد ان قسموا المفاوضة الى قسمين احدهما صحيح والآخر فاسد(٩٤) - لم يتصوروا المفاوضة كشركة

مستقلة بل اعتبروا أن المفاوضة ليست سوى الجمع بين العنان والمضاربة والوجوه والابدان «الاعمال»[٩٥] .

المالكية :

ما يعتبره المالكية مفاوضة ليس فى حقيقته الا نوعا من العنان تتسع فيه سلطات الشريك فى التصرفات .

الشيعة الزيدية :

تتفق مع الاتجاه الثانى للاحناف فى اعتبار المفاوضة شركة مستقلة[٩٦] . وقد ذهب الى عدم جواز شركة المفاوضة الشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة والشيعة الجعفرية وانكروها انكارا تاما حتى لقد قال الامام الشافعي وشركة المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلة .

أدلة جواز شركة المفاوضة :

- عند من اجازها «الحنفية والزيدية وغيرهم» .

يستند الحنفية والزيدية وغيرهم فى جواز شركة المفاوضة الى :-

١ - الاستحسان ، ووجه الاستحسان ما روى عن رسول الله ﷺ انه قال : «فاوضوا فانه أعظم للبركة[٩٧] وقوله ﷺ «إذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة» .

٢ - يتعامل النباس بالمفاوضة من غير نكير[٩٨] ، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .

٣ - تشتمل المفاوضة على امرين جائزين هما «الوكالة والكفالة» وكل واحدة منهما جائزة حال الانفراد ، وكذلك حال الاجتماع .

٤ - شركة المفاوضة طريق لاستنماء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت شركة المفاوضة جائزة[٩٩] .

أدلة عدم جواز شركة المفاوضة :

١ - لا دليل على صحتها وانعقاد الشركة حكم شرعى يحتاج الى دلالة شرعية[١٠٠] .

٢ - الاحاديث التى استدل بها من اجاز هذه الشركة احاديث غير معروفة إذ أن حديث «فاوضوا فانه أعظم للبركة» حديث غريب والحديث الثانى إذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة ، خبر لا يعرف ، ولم يروه اصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه اراد عقد شركة المفاوضة .

٣ - هذا العقد «شركة المفاوضة» لم يرد الشرع بمثله فلا يصح ولأن فيه غررا[١٠١] .

٤ - لايشترط فيها خلط الأموال[١٠٢] .

العنان[١٠٣]

- لا يراعى فى الشركة التى تتخذ شكل العنان شرائط المفاوضة ، فلا يشترط فيها أهلية الكفالة ، حتى تصح ممن لا تصح كفالته مع الصبى المأذون[١٠٤] ولا المساواة بين رأس المال فتجوز مع تفاضل الشريكين فى رأس المال ومع أن يكون لاحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذى شاركه صاحبه فيه ، ولا أن يكون فى عموم التجارات بل يجوز عاما ويجوز خاصا[١٠٥] .

لان اعتبار هذه الشرائط فى المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة - والشركة التى تتخذ شكل العنان - مثل هذه الشركة

كانت بين رسول الله ﷺ وبين السائب بيـــن شريك[١٠٦] والشركة التى أقرها رسول الله ﷺ بين زيد بن الارقم والبراء بن معمور فيما رواه البخارى[١٠٧] .

– وقد انعقد اتفاق الفقهاء على جواز هذا النوع الشركة التى تتخذ شكل العنان من بين الشركات فى الفقه الاسلامى مع اختلاف بسيط فيما بينهم فى بعض الشروط ونعرض فيما يلى اقوال فقهاء المذاهب :

رأى الحنفية فى شركة العنان[١٠٨] :

اشترط الحنفية ترتيب الأثر فى انعقاد شركة العنان على التصرف فى رأس المال فالحنفية يشترطون التصرف فى رأس المال[١٠٩] بالشراء لكى يترتب الاثر فى انعقاد شركة العنان[١١٠] .

ومع تقديرنا للفقهاء الذين اشترطوا التصرف فى رأس المال بالشراء لكى يترتب الأثر فى انعقاد شركة العنان إلا أننا لا نرى هذا الرأى لأنه مادمنا قد سلمنا بأن الفقه الاسلامى قد عرف الأثر المترتب على عقد الشركة «ايا كان نوعها» وهو – نشوء شخص معنوى جديد مستقل عن الشركاء له شخصينه القانونية[١١١] وما يترتب على ذلك من أهليته فى نملك الأموال «الحصص» المقدمة من الشركاء فهذا يعنى أن الشركة فور الاتفاق على عقدها تكون أموال الشركاء ملكا لها وتم عقدها بالفعل . وسواء تصرف الشركاء فى رأس المال من عدمه وبالتالى ترتب الأثر على الانعقاد وهو نشوء الشخص المعنوى (أو الأعتبارى أو المجازى) ألا وهو شخص الشركة المستقل عن اشخاص الشركاء[١١٢]

هذا فضلا عن أن اشتراط التصرف فى رأس مال شركة العنان بالشراء .. لكى يترتب الأثر فى انعقاد الشركة (كما ذهب الفقهاء الذين عرضنا رأيهم) لا يتفق مع ما ذهبوا إليه – وما هو مسلم به من أن شركة العنان تنعقد على الوكالة[١١٣] بمعنى أن كل واحد من الشركاء فى هذه الشركة يكون وكيلا عن صاحبه فى الشراء بالمال الذى عينه – وكون الشركة مبنية على الوكالة يمكن كل شريك من التصرف ويكون الحاصل من التجارة «كما اسلفنا» مشتركا بين الشركاء .

– إذ أنه مادام من أثار عقد الشركة التى تتخذ شكل العنان أن كل شريك أصبح وكيلا عن غيره من الشركاء فان أى تصرف منه يلزم الآخرين لوجود وكالة متبادلة بين الشركاء وهذا فى حد ذاته يؤكد أن أثار الشركة تترتب فور العقد ولا يؤجل ترتيب تلك الأثار على التصرف فى رأس المال بالشراء من جانب الشركاء .

رأى الشافعيــة[١١٤] وأهل الظاهر[١١٥] وبعض فرق الشيعـــة الزيديـــة[١١٦] والجعفريــة فــى شركــة العنان :

ذهب الشافعيـــة وأهل الظاهر والزيدية والجعفرية الى ما ذهب إليه الحنفية من أنه ولو أن شركة العنان تنعقد بالايجاب والقبول إلا أن الأثر لا يترتب عليها إلا عند التصرف بالشراء[١١٧] وقد سبق أن بينا وجهة نظرنا فى هــذا الاشتــراط[١١٨] وأن الشركة تنعقد وتترتب أثارها فور العقد حتى ولو تأجل التصرف .

وقد ذهب البعض[١١٩] أيضا إلى أن شركة العنان تتبنى على الأمانة لأن كل

شريك أمين على المال الذى فى يده ويستند فى هذا الاشتراط الذى يبنى عليه شركة العنان بالذات الى قول الرسول عليه الصلاة والسلام فى الحديث القدسى فيما رواه عن ربه سبحانه وتعالى أنه قال : «أنا ثالث الشريكين ما لم يتخاونا» وفى رواية أخرى «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه» فان خانه خرجت من بينهما .

ومع تقديرنا لمن اشترط هذا الشرط «شرط الأمانة» فى شركة العنان على وجه الخصوص فان هذا الشرط ليس خاصا بشركة العنان دون غيرها من الشركات كما وأن الحديث القدسى سالف الذكر لم يخص شركة دون غيرها بل هو وارد بالنسبة لكل الشركات أيا كان نوعها بل أيا كان موضوعها أيضا سواء شركة تجارية أم مدنية أم أية شركة فإى علاقة بين اثنين فأكثر تتضمن معنى الشركة لأبد وأن تقوم على أساس من الأمانة وهذا ما يقصده الحديث القدسى سالف الذكر من أن الله سبحانه وتعالى فى هذا الحديث يبقى مع الشركاء أيا كانت شركتهم . يعينهم وينزل البركة فى شركتهم ما لم تقع الخيانة بينهم فان وقعت رفع الله عنهم العون وهذا ما يدل عليه معنى عبارة «خرجت من بينهما» .

رأى المالكية فى شركة العنان :

رغم أنه روى عن الأمام مالك أنه لا يعرف العنان إلا أن هذا الاسم ساد فى كتب الملكية من بعد(١٢٠) .

وقد ذهب المالكية إلى أن عقد شركة العنان يفيد بيع بعض مال كل من الشركاء إلى صاحبه ببعض ماله فبمجرد العقد يصبح المال فى ضمان الشركاء فإذا أهلك منه جزء هلك على الشركاء جميعا(١٢١) .

وهذا يؤكد وجهة نظرنا من أن أثار العقد تترتب فور العقد ولا لزوم إلى اشتراط - بعض الفقهاء من أن يتم التصرف فى رأس المال بالشراء كما أسلفنا(١٢٢) .

رأى الحنابلة فى شركة العنان :

شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة لأن كل واحد منهما «أى من الشريكين أو الشركاء» يدفع المال إلى صاحبه أمانة ، ويأذن له فى التصرف وكله ...(١٢٣) وقد ذكر ابن قدامة فى المغنى «إذا اشترك بدنان بماليهما» وهذه شركة العنان «وهى شركة متفق عليها» .

- أن يشترك شخصان بماليهما على أن يعملا فيهما بابدانهما والربح بينهما وهى جائزة بالاجماع(١٢٤) .

ولا خلاف فى أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير فانها قيم الأموال وأثمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبى ﷺ الى زمننا من غير نكير ، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها فى ظاهر المذهب(١٢٥) .

وسبق أن عرضنا وجهة نظرنا فى أن شرط الأمانة ليس خاصا بشركة العنان فحسب وإنما هو شرط اساسى يجب أن تقوم عليه أية شركة أيا كانت لما عرفنا من قبل(١٢٦) .

ورأى الحنابلة متفق مع رأى المالكية فى أن رأس المال يصبح مشتركا بمجرد العقد ويدخل فى ضمان الشركاء جميعا(١٢٧) .

- هذا وقد سبق الاشارة

إلى أن الفقه الاسلامى عرف الشخصية الاعتبارية للشركة والمستقلة عن الأشخاص للشركاء بما يترتب عليها من آثار لا يلزم معها ما اشترط بعض الفقهاء من ضرورة التصرف فى رأس المال المقدم من الشركاء بالشراء حتى يترتب آثار العقد فأثار العقد من وجهة نظرنا كما أسلفنا تترتب فور العقد(١٢٨) .

ولكن رغم اتفاق المذاهب الاسلامية على جواز شركة العنان من حيث المبدأ – إلا أنه توجد بعض أوجه خلاف بينها حول بعض المسائل التى يمكن حصرها فى :-

أ – اشتراط خلط رأس المال المقدم من الشركاء .

ب – تحديد نصيب كل من الشركاء في الربح .

جـ – حق الشريك فى التدخل فى إدارة الشركة .

ونعرض فيما يلى لرأى كل مذهب بالنسبة للمسائل سالفة الذكر :

أ – بالنسبة لخلط رأس المال المقدم من الشركاء فى شركة العنان :

– الأحناف والحنابلة :

لايشترط الأحناف(١٢٩) «ماعدا زفر والحنابلة» خلط الأموال المقدمة من الشركاء فى شركة العنان كشرط صحة ، فعندهم تصح الشركة دون أن يخلط رأس المال .

أما المالكية :

– فانهم وإن اشترطوا خلط المال إلا أنهم يكتفون بالخلط الحكمى عن الخلط الحقيقى :- أما الشافعية وأهل الظاهر وزفر من الحنفية وبعض فرق الشيعة «الشيعة الزيدية والأمامية والجعفرية» .

فيشترط هؤلاء خلط رأس المال المقدم من الشركاء كشرط لصحة عقد الشركة(١٣٠) . ومع تقديرنا للفقهاء الذين اشترطوا خلط رأس المال فنرى أنه طالما أن كل شريك قدم نصيبه فى رأس المال الذى شارك به فان رأس المال هذا أصبح مملوكا للشركة كشخص معنوى مستقل عن اشخاص الشركاء وعقد الشركة يعتبر صحيحا بالنسبة لتوافر شرائط صحته وقت انعقاده فما دام الفقه الاسلامى قد اعترف بالشخصية المعنوية المستقلة للشركة عن اشخاص الشركاء فان رأس المال أى الحصة المقدمة من كل شريك يصبح والحال كذلك مملوكا لشخص معنوى له شخصيته القانونية وما يترتب عليها من أهلية تملكه لرأس المال – خاصة وأن مثل هذا الاشتراط ، ألا وهو خلط رأس المال المقدم من الشركاء قد يفهم منه أن الأموال «أى حصص الشركاء» تظل حتى بعد الاتفاق على تكوين الشركة على ملك مقدمها من الشركاء ولا تنتقل الى الشركة كشخص مستقل له شخصيته المعنوية وقد عرضنا من قبل اعتراف الفقه الأسلامى بهذه الشخصية وبان كلمة العقد كما تنصرف الى ذات الاتفاق الذى يتم بين الشركاء تشمل أيضا شخص الشركة كشخص معنوى مستقل عن الشركاء المكونين للشركة(١٣١) .

ب – بالنسبة لحق الشريك فى التدخل فى ادارة الشركة «شركة العنان» :-

– الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض فرق الشيعة «الزيدية والأمامية» يرون أنه يجوز أن يتفق الشركاء فى شركة العنان على انفراد أحدهم أو بعضهم باعمال ادارة الشركة فإن لم يتفقوا نبقى على الأصل ألا وهو حق كل من

الشركاء فى التدخل فى الادارة ،لأن الادارة حالة عدم الاتفاق على التخصيص تعتبر حقا للشركاء جميعا[١٣٢] .

- المالكية والظاهرية :

لم يجز كل منهم هذا الأنفراد وظل على الأصل فى الأدارة .

جـ - بالنسبة لاقتسام الأرباح والخسائر :

- الشافعية والمالكية وأهل الظاهر :

لا يشترط فى شركة العنان «بخلاف شركة المفاوضة» المساواة فى الربح فيجوز التساوى بين الشركاء فى الربح أو التفاضل فيه .

وما لم يتفق الشركاء على كيفية توزيع الأرباح نبقى على الأصل عند كل من الشافعية والمالكية وأهل الظاهر أى ارتباط الربح برأس المال ارتباطا وثيقا بمعنى أن رأس المال المقدم من كل من الشركاء يحدد نصيب كل منهم من الربح فتدور نسبته مع حصة كل شريك زيادة أو نقصا حتى ولو أدى أحد الشركاء عملا يزيد على ما اداه الشركاء الآخرون[١٣٣] .

- الحنفية والحنابلة وبعض فرق الشيعة : (الزيدية والامامية) :

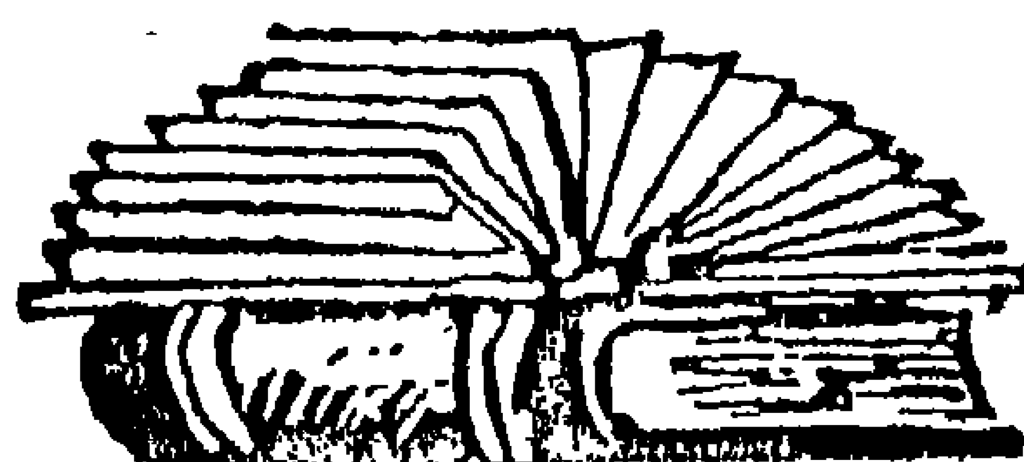
يرى هؤلاء أن عمل الشريك «حصة عمل» يجب أن يحصل مقدمها فى مقابلة ذلك على جزء من الربح .

«وهذا ما يعبرون عنه بجوار التفاضل فى الربح عن رأس المال» ، ويعقب البعض على ذلك بان هذا التعبير غير دقيق أو هو يعبر عن اختلاف ظاهرى وغير حقيقى إذ قد يفهم منه جواز التفاضل فى الربح مع التساوى فى قدر ما يقدمه - كل شريك من رأس المال ولو لم يكن هذا التفاضل بسبب التفاضل فى العمل[١٣٤] .

والذى نفهمه من التعبير السابق «جواز التفاضل فى الربح عن رأس المال» إذا كان يوجد ثمة ما يبرر هذا التفاضل ، وهذا المبرر أو المسوغ أن يقدم الشريك إلى جانب حصته المالية حصة أخرى . «حصة عمل» سواء كانت الزيادة فى كم العمل لو قدم كل من الشريكين مثلا عملا الى جانب الحصة المالية وكانت حصة أحدهم ازيد من حيث الكم» أو كانت الزيادة من حيث كيفية العمل ودرجة جودته[١٣٥] .

فحيث يوجد مسوغ يقتضى التفاضل فى الربح تكون القاعدة ويكون التفاضل لأن العبارة جاءت مطلقة .

جواز التفاضل فى الربح عن رأس المال ومن مستلزمات تطبيقها أن يكون هناك ثمة تفاضل فيما قدمه أحد الشركاء عن الآخر .



هوامش

١ - الشركة هنا بكسر الشين وسكون الراء ، وقد تفتح الشين وتكسر الراء ولكن الأول أفصح حتى قيل إنه لم يثبت فيها غيره - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - الجزء الثالث - المعاملات ، عبد الرحمن الجزيرى ، دار الإرشاد للتأليف والطبع والنشر ، القاهرة .

٢ - هذا الوضع الجديد أخذ يتميز بكيان مستقل عن كيان أشخاص الشركاء حتى اعتبر شخصا آخر له مقوماته الخاصة ، وعلى ذلك صار لفظ الشركة إذا أطلق يقصد به المعنيان الشخصى الاعتبارى ، والعقد الذى تكون بمقتضاه - الحصة بالعمل بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى للدكتور السيد على السيد - المجلس الأعلى للشئون الاسلامية ، لجنة الخبراء ، القاهرة ومحاضراتنا فى الشركات بين الفقه الاسلامى والتشريع الوضعى لطلاب ما جستير الفقه المقارن بجامعة أم درمان الإسلامية فى السنوات من ١٩٨٦ حتى ١٩٨٩ .

٣ - الشركات فى الفقه الاسلامى للشيخ على الخفيف ، الحصة بالعمل . المرجع السابق ، كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن ادريس (١٠٥١ هـ) المطبعة العامرة بالقاهرة ١٣١٩ هـ (من كتب المذهب الحنبلى) حـ ٢ ص ٢٥٢ وورد به ان شركة الملك نوعان اجتماع فى استحقاق أو أجتماع فى تصرف ، فالنوع الأول شركة فى المال كائنين ملكا عينا بمنافعها بارث أو شراء أو هبة أو نحوها ... والنوع الثانى شركة العقود .

٤ - وعلى سبيل المثال نجد منصور بن ادريس (١٠٥١ هـ) من الحنابلة يعرف الشركة بانها «إجتماع فى إستحقاق أو أجتماع فى تصرف» كشاف القناع عن متن الاقناع ، المرجع السابق - وأيضا محمد بن أحمد الرملى (١٠٠٤ هـ) من (الشافعية) تقرر أن الشركة ثبوت الحق شائعا فى شىء واحد ، أو عقد يقتضى ذلك» نهاية المحتاج إلى شرع المنهاج ، القاهرة حـ ٤ ص ٢ وكذلك علاء الدين محمد الحصكفى المعروف بالحصكفى (١٠٨٨ هـ) (من الحنفية) يعرف الشركة بقوله (لغة الخلط سمى بها العقد لأنها سببه شرعا الدر المختار شرح تنوير الابصار ، وهو مطبوع على هامش جامع الرموز محمد القهستانى الخراسانى (٩٦٣ هـ) .

- ونجد محمد أمين الشهير بابن عابدين (١٢٥٢ هـ) من الحنفية يشرح ذلك بقوله .... لان العقد سببه الشركة التى حقيقتها الخلط فالعلاقة السببية من إطلاق اسم المسبب على سببه رد المحتار على الدر المختار حـ ٣ ص ٣٤٣ .

- وفى نطاق القانون الوضعى - نجد أن لفظ «الشركة» يطلق عند فقهاء القانون الوضعى على العقد المنشىء لها ، كما يطلق على الشخص المعنوى الذى يتكون من اجتماع الأشخاص والأموال وينشأ بانعقاد العقد .

- القانون التجارى للدكتور محمود سمير الشرقاوى سنة ١٩٧٨ القاهرة - الجزء الأول ص ١٨٦ و ٢٠٥ ، والوجيز فى القانون التجارى للدكتور مصطفى كمال طه سنة ١٩٧٨ الاسكندرية ص ١٧١ و ١٩٣ والقانون التجارى السعودى للدكتور حمزة على المدنى - الطبعة الأولى - ١٤٠٦ هـ ، ١٩٨٦ م دار المدنى بجدة - ص ١٥٤ ، ١٧٧ .

- هذا ولا نتفق مع ما ذهب إليه بعض أساتذة القانون من أن الشركات فى الشريعة الأسلامية لا تتمتع بشخصية أعتبارية - إذ أنه واضح بما أشرنا إليه أن هذه الشركات كانت تتمتع بهذه الشخصية الأعتبارية وأن لفظ «الشركة» يعنى ذات العقد وأيضا ما يترتب على العقد .

الشركات فى الشريعة الأسلامية والقانون الوضعى للدكتور عبد العزيز عزت الخياط وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الأسلامية - عمان ١٣٩٠ هـ ، ١٩٧١ م حـ ١ ص ٢٩ ، القانون التجارى السعودى للدكتور محمد حسن الجبر - عمادة شئون المكتبات - جامعة الملك سعود ، الرياض ٢ + ١٤ هـ ، ١٩٨٢ ص ١٢٦ .

- ويفرق الأستاذ الدكتور على جمال الدين عوض بين اصطلاح الشركة وعقد الشركة وشخص الشركة - فذكر أن لفظ الشركة يطلق فى معنى أول على المشروع الأقتصادى الذى يقوم على أستغلاله أكثر من شخص (وهو

هــوامش

بهذا يقابل المشروع الفردى الذى ينفرد بادارته واستغلاله فرد واحد) وأن الشركة بهذا الوصف (وصف المشروع الاقتصادى) تختلف عن مقصود الشركة فى نظر القانون فهو فى هذه الناحية له معنيان ... فهو يعنى أولا - عقد الشركة أى الأتفاق الذى يربط الشركاء فيما بينهم وينظم علاقاتهم كشركاء وهو الذى ينشىء بينهم حالة الشركة فيعطى كلا منهم حقوق الشريك ويولد فى ذمته التزاماته - واما المعنى الثانى للفظ الشركة فقد ذكر أنه يعنى الشخص الأعتبارى الذى يقوم على رأس المشروع ، إذ أن الشركة شخص إعتبارى مستقل عن شخصية كل من الشركاء ويتمتع بمعظم خصائص الاشخاص فله ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء وله موطن خاص ويتمتع باهلية الوجوب وأهلية الأداء ويرتبط عقد الشركة ارتباطا وثيقا بشخصيتها لأن العقد هو الذى ينشىء شخصية الشركة فلا يتصور وجود شخصية الشركة بدون وجود عقد الشركة - القانون التجارى للدكتور على جمال الدين عوض ١٩٦٩ القاهرة ص ١٣٤ و ١٣٥ .

٥ - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - الجزء الثالث قسم المعاملات ، للأستاذ عبد الرحمن الجزيرى - المرجع السابق ص ٧٤ ، ٧٥ .

٦ - المغنى لابن قدامه - الجزء الخامس ص ٣ .

٧ - وجاء أيضا فى كشاف القناع ، المرجع السابق : جـ ٢ ص ٢٥٢ ، وهى «أى الشركة» نوعان من اجتماع فى إستحقاق أو إجتماع فى تصرف ، فالنوع الأول شركة فى المال كاثنين ملكا عينا بمنافعها بارث أو شراء أو هبة ونحوها .. والنوع الثانى شركة عقود (.....) .

٨ - راجع ما سبق ص ٣ .

٩ - أ . د . ملش بند ١٩

أ . د . مصطفى طه ص ٢٤٤ هامش ١

أ . د . محسن شفيق ، الموجز بند ١٥٧

أ . د . على يونس بند ٢٠

أ . د . البارودى جـ ١ بند ١٠٢

أ . د . حسنى عباس بند ١

أ . د . على السيد ، الحصة بالعمل ص ٢ .

١٠ - كشاف القناع عن متن الاقناع - المرجع السابق - جـ ٢ ص ٢٥٢..

١١ - جـ ٤ ص ٢ المرجع السابق .

١٢ - علاء الدين محمد الحصكفى المعروف بالحصكفى ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار جـ ٢ ص ١٣٨ ، وهو يعطى المعنى اللغوى للفظ الشركة وهو الخلط أى الاختلاط والامتزاج .

١٣ - ابن عابدين فى حاشيته على الدر جـ ٣ ص ٣٤٣ .

١٤ - الحصة بالعمل - المرجع السابق ص ١٠ .

١٥ - اضفنا عبارة «بوجه عام» لأنه توجد أدلة خاصة ببعض أنواع من الشركات سنعرض لها فى حينها .. «مثل القياس أو الاستحسان ....» .

١٦ - الآية رقم ١٢ من سورة النساء (٤) .

١٧ - الآية رقم ٢٤ من سورة ص (٣٨) .

هوامش

١٨ – رواه أحمد والبخارى بمعناه ، نيل الأوطار حـ ٥ ص ٢٢٣ .

١٩ – رواه أبو داود .

٢٠ – المغنى لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بتصحيح د . محمد خليل هراس الجزء الخامس ، المرجع السابق ص ٣ .

٢١ – أخرجه أحمد وأبو داود وأبن ماجه وصححه الحاكم وأخرجه أحمد من وجه آخر أن النبى ﷺ قال للسائب «مرحبا بأخى وشريكى .. الحديث» نصب الراية فى تخريج احاديث الهداية للزيلعى ص ٣٢٦ وسنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٢٣ .

٢٢ – سوف نعرض لذلك حينه ان شاء الله .

٢٣ – نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (محمد بن أحمد الرملى (١٠٠٤ هـ) جـ ٤ ص ٢ .

٢٤ – ولاشك أن الاجماع قد استند الى الأصلين السابقين عليه وقد سبق الأشارة إلى قوله تعالى . «وان كثيرا من الخلطاء ...»

٢٥ – وهكذا كان شأن الأسلام فيما وجد عليه العرب من عادات فاخذ بها ان صلحت وهذبها أن احتاجت إلى ذلك وألقى ما رأى فيه ما يتعارض مع أصوله وقواعده حتى لا يلحق الضرر بمصالح المجتمع الجديد الذى بدأ يكونه وهو فى كل ذلك يبين المنافع والمضار ولقد رأينا رسول الله ﷺ فى حديث بن المنهال ينظم موضوع لنشاط شركة عرضت عليه فاباح ما يتفق والشرع الأسلامى ومنع ما يتعارض مع مبادئه . وكل ذلك يتفق ومنطق تشريع جاء يحقق مصالح الناس ويرعاها على مختلف العصور والازمنة فالاسلام لم يأت ليهدم ما كان عليه الناس من مدنية واخلاق وعادات ليؤسس على أنقاضها مدنية جديدة ، وعادات وأخلاقا أخرى . وانما كان ينظر الى الأشياء من جهة ما فيها من مصلحة أو مفسدة ويعطيها الحكم تبعا لذلك . الحصة بالعمل ، المرجع السابق ص ٤ ، ٥ والمدخل للأستاذ الشيخ محمد شلبى ص ٤٤ .

٢٦ – نهاية المحتاج حـ ٤ ص ٢ .

٢٧ – وهذا هو ما يعنيه لفظ «الشركة» بمعنى «المشروع» القانون التجارى للدكتور / على جمال الدين عوض ، ص ١٣٤ سنة ١٩٦٩ ، القاهرة .

٢٨ – ويكتفى البعض من الفقهاء المسلمين ببطلان هذا الاتفاق فقط ، بينما يمتد هذا البطلان عند البعض الآخر ليلحق بالشركة باسرها .

٢٩ – هذه القواعد قواعد آمرة تلزم الشركاء بعدم جواز الاتفاق على خلافها .

٣٠ – وهذا بعكس الربح الذى هو نتيجة المال والعمل معا فيوزع عليهما – إما إذا اتضح أن العمل صاحب الحصة بالعمل «قد اسهم أو تسبب فى وقوع الخسارة اهمالا أو قصدا ، فعندئذ يتحمل هذا العنصر مسئوليته كاملة عن ذلك – الحصة بالعمل – المرجع السابق ص ١٦٩ .

٣١ – وقد اباحت بعض المذاهب الفقهية التفاضل فى الربح بين الشركاء ولو تساوت حصصهم المالية فى رأس مال الشركة ولكن هذه المذاهب قيدت أجازتها هذه بان تكون – الزيادة فى الربح مقابلة بزيادة فى العمل وبذلك نجد أنها مع تقبلها لانفاق الشركاء على تفاوت أنصبتهم فى الأرباح مع حصصهم فى رأس المال ، متمسكة بالقاعدة غير مجيزة الاتفاق على خلافها ، طالما أن هذا الاتفاق على التفاوت فى الربح حصيلة للتفاوت فى العمل فمن يحصل

هوامش

على ربح يزيد على الحصة المتفقة مع حصته في رأس المال انما يحصل عليه في مقابلة حصة عمل قدمها مضافة الى حصته المالية وهكذا تتأكد .. القاعدة وسريانها عند كافة المذاهب ولو أن الظاهر قد يوحي بوجود خلاف حولها - الحصة بالعمل ، المرجع السابق ص ١١ .

٣٢ - المرجع السابق ص ١٧٥ .

٣٣ - القانون التجاري للدكتور علي جمال الدين عوض ، ص ١٤٩ ، القاهرة سنة ١٩٦٩ وقد عرفت محكمة النقض الحصة بالعمل بقولها «ان العمل الذي يصبح اعتباره حصة في رأس مال شركة هو العمل الفني كالخبرة التجارية في مشترى الصنف المتجر به وبيعه أما العمل التافه الذي لا قيمة له فانه لا يعتبر حصة في رأس المال» نقض مصري ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤ ص ٦١ .

٣٤ - مفتاح الكرامة - من كتب الشيعة الأمامية - د . محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني الموسوي العاملي (١٢٢٦ هـ) جـ ٧ ص ٤٠٣ - مطبعة الشورى القاهرة ١٣٢٦ هـ - والحصة بالعمل - المرجع السابق ص ١٧٨ .

٣٥ - وبطبيعة الحال يجب أن تقوم الحسة العينية التي يقدمها الشريك حتى يعرف مقدار مساهمته في رأس مال الشركة .

٣٦ - والشرط ليس الا اتفاقا ، ولا يمكن أن يوجد اتفاق دون أن توجد القواعد التي يتم ارساؤه عليها ، بل ان من أسباب فساد عقد الشركة جهالة الربح سواء بالسكوت عن تقديره ، او تقديره بطريقة تؤدي الى جهالته وكون الربح قد ذكر دون تحديد يزيل الجهالة ، يدل بذاته على أن الحصص لم تقوم على الوجه الصحيح وإلا لتم تحديد الربح تحديدا سليما ، «وعلى هذا فكأن مرد الفساد الى سبب خاف هو جهالة تقويم الحصص» .

٣٧ - ولذلك فمن المقرر في الفقه الاسلامي أن الارباح التي تتحقق ، تجبر بها الخسارة التي قد تمنى بها الشركة وذلك وقاية لرأس المال - وأقوال المذاهب الاسلامية في هذا الخصوص تؤيد ذلك - رد المختار على الدر المختار (محمد أمين الشهير بابن عابدين ١٢٥٢ هـ) هامش حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٠٥ جـ ٢ ص ٣٨٦ ، جـ ٤ ص ٥٠٦ ، المطبعة الأميرية - القاهرة سنة ١٣٢٥ هـ والمغني لشيخ الأسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه سنة ٦٢٠ هـ جـ ٥ ص ٥١ دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - طبعة جديدة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م - والحصة بالعمل - المرجع السابق ص ١٧٦ .

٣٨ - ولذلك نجد أن هناك ثمة اختلاف بين موقف الفقه الاسلامي حيث لا يسمح بالاتفاق على اعفاء الشريك صاحب الحصة بالعمل من الخسارة وبين القانون الوضعي سواء في السودان أو مصر على سبيل المثال إذ أن هناك نصا في قانون المعاملات المدنية السوداني والقانون المدني المصري يجيز الاتفاق على اعفاء الشريك بالعمل من تحمل الخسارة .

٣٩ - ومن لا يعتد بهذا الشرط «عدم الأضرار بالشركة» يصطدم بالقاعدة العامة في المعاملات «لا ضرر ولا ضرار» ويتعارض مع القواعد العامة في الشركات ويخالف القواعد الخاصة بالشريك صاحب الحصة بالعمل .

٤٠ - وذلك تطبيقا أيضا القاعدة أن الخسارة التي يتحملها كل من الشركاء يجب أن تتفق وطبيعة التزام كل شريك - وعدم الزام الشريك بالعمل بجزء من الخسارة المالية - زيادة على ما يتحمله عادة من فقد مقابل هذا العمل تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم ما لم يكن هناك أهمال أو تفريط ، ولا يمكن للشريك بالعمل أن يحتمي بقاعدة «الوضعية على رأس المال» لأن تطبيق هذه القاعدة مقيد بالحالات التي تتحقق فيها الخسارة دون تعد أو أهمال يرتكبه أحد . - الحصة بالعمل - المرجع السابق ص ١٦١ .

هـــوامش

٤١ – المرجع السابق ص ١٦٢ .

٤٢ – بدليل ان المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح ، وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه بدائع الصانع فى ترتيب الشرائع للعلامة الفقية علاء الدين أبى بكر مسعود الكاسانى الحنفى الجزء السابع ص ٣٥٤٦ .

٤٣ – وعلى ذلك فلا عبرة بتفاوت العمل فيما بين الشريكين ما داما قد تراضيا على نسبة معينة فيما بينهما ولو عمل أحدهما أكثر من الآخر ، لما ورد من حديث زيد بن على عن أبيه عن جده رضى الله عنهم «أن رجلين كانا شريكين على عهد رسول الله ﷺ فكان أحدهما مواظبا على السوق والتجارة وكان الآخر مواظبا على المسجد والصلاة خلف رسول الله ﷺ فلما كان عند قسمة الربح ، قال المواظب على السوق فضلنى فانى كنت مواظبا على التجارة وانت كنت مواظبا على المسجد ، فجاءا الى رسول الله ﷺ فذكرا ذلك فقال ﷺ الذى كان يواظب على السوق : انما كنت ترزق بمواظبة صاحبك على المسجد «الروض النضير شرح مجموعة الفقه الكبير لشرف الدين الحسين الصنعانى الجزء الثالث ص ٣٦٢ – فالرسول ﷺ لم يفضل صاحب العمل الأكثر على شريكه فى الربح بالموافقة على اختصاصه بربح أكبر – ويلاحظ أنه لما كان العقد شريعة المتعاقدين ويقول الله تعالى فى سورة المائدة (الآية ١) اوفوا بالعقود فانه يمكن للشركاء الاتفاق على التفاضل فى الربح لمن يعمل أكثر أو لمن لديه كفاءة خاصة على العمل .

٤٤ – وهو ما يسمى فى اصطلاح القانون «مبدأ ثبات رأس المال «فرأس مال الشركة يجب أن يبقى دون أى نقص باعتباره الحد الأدنى لضمان الدائنين وهذا المبدأ هو الذى يفرض على الشركة المبادرة بجبر ما يعترى رأس المال من نقص فى حالة الخسارة قبل توزيع أى ربح على الشركاء .

٤٥ – رد المحتار على الدر المختار – المرجع السابق – حـ ٢ ص ٣٠٥ ، ص ٣٨٨ ، والحصة بالعمل ، المرجع السابق – ومحاضراتنا بجامعة أم درمان الاسلامية لطلبة ماجستير الفقه المقارن فى موضوع الشركات فى الفقه الاسلامى – المرجع السابق .

٤٦ – الفصل الأول من القسم الأول من ٤ الى ٨ .

٤٧ – كما أشرنا آنفا إلى أن المقصود بالشركة هنا ليس ذات العقد ، بل هو الاجتماع الذى ينشأ عن العقد أو هو بالتعبير الحديث الشخص المعنوى الذى يوجده العقد . وقد اشرنا آنفا الى ما أورده الحصكفى من الحنفية فى كتابه الدر المختار حين عرف الشركة فقال : «لغة الخلط سمى بها العقد لانها سببه شرعا» حـ ٢ ص ١٣٨ وهو يعطى المعنى اللغوى للفظ الشركة وهو الخلط أى الاختلاط والامتزاج . راجع ص ٧ و ٨ .

٤٨ – خزائن الفقه ، ابو الليث السمرقندى وخزائن الفقه ، وهو مخطوط فى مكتبة محافظة الاسكندرية رقم ٣٠٨٣ .

٤٩ – بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، أبو بكر بن مسعود الكاسانى حـ ٦ ص ٥٦ و ٥٧ القاهرة ١٣٢٨ هـ .

٥٠ – الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى ، مراجعة الشيخ محمود أبو دقيقة – حـ ٢ ص ٧٤ ، القاهرة ، سنة ١٣٥٦ هـ .

٥١ – السيد / محمد أبو السعود ، فتح الله المعين – حاشية على شرح الكنز للمسكين حـ ٢ ص ٤٨٩ – القاهرة – سنة ١٢٨٧ هـ – والتقسيم المشار اليه هو اعتبار الأنواع ثلاثة شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منها ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة اقسام .

هــوامش

ومختصر الطحاوى ، أحمد بن سلامة الطحاوى ، القاهرة ١٣٧٠ هـ وتبيين الحقائق شرح على كنز الدقائق ، عثمان بن على الزيلعى ، القاهرة ١٣١٣ / ١٣١٥ هـ .

٥٢ – سبق أن اشرنا هنا الى تقسيم الشركة عند أبى الليث السمرقندى إذ يقول «وانما شركة العقود على أربعة أوجه : مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه ويقال شركة المضاربة فى حين لم يرد ذكر« شركة المضاربة فى أقوال باقى فقهاء المذهب – ولعل ذلك مرجعه الى ان البعض يعتبرها شركة فى الربح فقط وسوف يبين لنا عندما فعرض للتكييف القانونى للمضاربة فى بحث لاحق« انها شركة تجمع بين المال من جانب والعمل من جانب آخر وانها كأى شركة تحتمل الربح والخسارة .

٥٣ – ونعنى كما اشرنا «شركة العقد« لان الشركة عند الحنفية تنقسم الى قسمين : «شركة ملك« و «شركة عقود« – واما شركة الملك فهى عبارة عن ان يتملك شخصان فاكثر عينا من غير عقد شركة ، واما شركة العقود فهى عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فاكثر للاشتراك فى مال وربحه بان يقول احد الشركاء لصاحبه شاركتك فى كذا ويقول الآخر قبلت وهذا هو المعنى العام الذى يتناول كافة اقسام شركة العقود .

– وشركة الملك تنقسم الى قسمين «شركة جبر وشركة اختيار« فشركة الجبر هى ان يجتمع شخصان أو اكثر فى ملك عين قهرا .

وأما شركة الاختيار فهى ان يجتمعا فى ملك عين باختيارهما كما اذا خلطا مالهما بالاختيار أو اشتريا عينا بالاشتراك أو اوصى لهما بمال فقبلاة شركة بينهما فان ذلك كله شركة ملك باختيار الشريكين لانه متى اجتمع نصيب شخص مع نصيب آخر توافر ركن شركة الملك هى اجتماع النصيبين وبالتالى تحققت شركة المالك« – الفقه على المذاهب الاربعة – المرجع السابق ص ٦٣ .

٥٤ – حدث خلاف بين الأحناف «هل تعتبر شركة المضاربة من الشركات والرأى الراجح انها تعتبر نوعا من الشركة وهى شركة فى الربح ، دفع المال الى الغير ليتجر فيه والربح بينهما حسب الشرط« – الشركات فى الشريعة الاسلامية والقانون ، المرجع السابق ص ٩ وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع أبو بكر بن مسعود الكاسانى – القاهرة حـ ٦ ص ٨٦ و ٩ «من كتب الفقه الحنفى« والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، أحمد بن يحيى بن المرتضى حـ ٤ ص ٧٩ القاهرة «من كتب الشيعة الزيدية« .

ومع تقديرنا لما ورد فى تبرير كون المضاربة شركة من أنها شركة فى الربح الا أنه لنا نحفظ على ذلك أذان المضاربة شركة من ضمن الشركات المعتبرة فهى شركة تجمع بين المال من جانب «رب المال« والمعمل عمل المضارب بغض النظر عن نتيجة المضاربة ربحا أو خسارة وسوف نعود الى ذلك بالتفضيل عند الكلام عن شركة المضاربة ، فى بحث لاحق .

٥٥ – ويجوز أن تنعقد بين المميزين المأذونين فى التجارة على خلاف شركة المفاوضة .

٥٦ – يقول أبو الليث السمرقندى «خزانة الفقه وهو مخطوط فى مكتبة محافظة الاسكندرية رقم ٣٠٨٣ وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وتصح مع التفاضل فى المال ويصح أن يتساويا فى الربح ويتفاضلا فيه .... وأيضا كتاب الحصة بالعمل بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى – المرجع السابق .

٥٧ – شركة الأموال هى التى تعتمد على المشاركة فى رأس المال .

٥٨ – شركة الأعمال «الصنائع أو الابدان أو التقبل ....« هى التى تعتمد على الحرفة والصنعة وضمان العمل .

٥٩ – شركة الوجوه تعتمد على ثقة الناس بالمتشاركين وليس لهم مال وحرفة ولكن لهم حسن التصرف والخبرة

هوامش

في البيع والشراء .

٦٠ – الشركات في الشريعة والقانون ، المرجع السابق وقد ذهب الى التقسيم المشار إليه أبو بكر أبن مسعود الكاساني في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع فقه حنفي وأحمد بن سلامة الطحاوي في مختصر الطحاوي القاهرة «فقه حنفي» وعثمان بن علي الزيلعي في تبين الحقائق شرح على كنز الدقائق – القاهرة .

ولعل المقصود مما ذكره هؤلاء الفقهاء أن شركة الأموال أو شركة الأعمال أو شركة الوجوه قد تتخذ شكل المفاوضة أو شكل العنان فالخلاف بين فقهاء المذهب الحنفي هل تعتبر كل من المفاوضة أو العنان شركة مستقلة أم أنها شكل لشركة فمن اعتبرها شركة مستقلة ادخلها في تقسيم الشركات وهذا هو الاتجاه الأول ومن اعتبرها شكلا لشركة اتجه الى التقسيم الثاني باعتبار أن كلا من شركة الأموال وشركة الأعمال والوجوه قد تتخذ شكل المفاوضة أو العنان والأتجاه الثاني هو الأرجح .

٦١ – اخذ قانون المعاملات المدنية السوداني الصادر سنة ١٩٨٤ تاثرا منه بالشريعة الاسلامية بكل من شركة الاعمال والوجوه والمضاربة وتاثر بشكل العنان أى عدم اشتراط المساواة بين الشركاء .

..... صدر قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ بموجب أمر مؤقت رقم ٦ لسنة ١٩٨٤ في ١٩٨٤/٢/١٤ «المواد من رقم ٢٥٨ الى ٢٧٦» .

٦٢ – المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ص ٣ كتاب الشركة وقد ورد فيها ايضا بعد تعداد انواع الشركة على النحو الموضح في المتن «ولا يصح شيء منها اى من الشركة الشركة» الا من جائز التصرف لانه عقد على عقد على التصرف في المال فلا يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع .

وسوف يتضح لنا فيما بعد ان من اجاز المفاوضة من الفقهاء أو المذاهب الاسلامية اختلف في ماهية المفاوضة فمثلا نجد أن بعض الأحناف ذهب إلى أن كلا من المفاوضة والعنان شركة مستقلة في حين أن البعض الآخر من الحنفية يرى أنها شكل لشركة وأما المالكية فنجد ان شركة المفاوضة عندهم بوجه عام ليست الا نوعا من العنان تزيد فيه سلطات الشريك أما الحنابلة فهي مجرد الجمع بين الأنواع المختلفة من الشركات وسوف يبين لنا فيما بعد ان القسم الفاسد من شركة المفاوضة الذى ورد بكتب الحنابلة لم نجد ما يدل على اجازته عند احد من الحنفية أو المالكية أو الزيدية فالمفاوضة عندهم تغاير ذلك النوع .

واما الشافعي فيعتبر شركة المفاوضة نوعا من القمار – وجدير بالذكر ان الحنابلة يقسمون المفاوضة والى قسمين احدهما صحيح والآخر فاسد وسنتناول ذلك تفصيلا فيما بعد . – كما ان المفاوضة عند الحنابلة والمالكية والشيعة الزيدية لاتدخل على شركة الابدان أو الوجوه عند من يجيزها منهم كما هو شأنها عند الحنيفة – وسوف نعرض لكل ذلك تفصيلا فيما بعد .

٦٣ – بداية المجتهد ونهاية لابن رشد – ٢٧٩/٢ .

٦٤ – كتاب الفقه على المذاهب الاربعة – الجزء الثالث قسم المعاملات – المرجع السابق ص ٦٤ – وقد سبق الاشارة الى هذا النوع من الشركة .

٦٥ – فقد جاء في المدونة البكرى للامام مالك بن انس الاصحي – رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم جـ ١٢ ص ٦٨ القاهرة هل كان مالك يعرف شركة العنان قال ما سمعته من مالك ولا رأيت احدا من اهل الحجاز يعرفه .

٦٦ – جاء في الشرح الكبير ولما كانت الشركة ستة اقسام مفاوضة وعنان وجبر وعمل وذمم ومضاربة وهو

هوامش

القرافى ، ذكرها مرتبة هكذا الا انه فرد الاخير بباب ٠٠٠٠ ولعل فى ذلك ما اشرنا اليه آنفا وسوف نتناوله تفصيلاً حول التردد بشان تكييف المضاربة هى شركة أو لا وفى موضع آخر وفسدت الشركة باشتراكهما فى الذمم وذكرنا آنفا ان شركة العنان لم يرد بشانها ما يفيد اجازتها لدى الامام مالك .

الشرح الكبير هامش حاشية الدسوقى حـ ٣ ص ٣٠٨ ، ٣١٨ وايضا المدونة ، المرجع السابق .

٦٧ – فقد جاء فى نهاية المحتاج ، ٠٠٠٠ هى انواع اربعة احدهما شركة الابدان ٠٠٠٠ وثانيهما شركة المفاوضة ٠٠٠٠ وثالثها شركة الوجوه ٠٠٠٠ هذه الانواع باطلة ٠٠٠٠ ورابعها شركة العنان ٠٠٠ وهى صحيحة بالاجماع حـ ٤ ص ٢ وما بعدها .

٦٩ – جاء فى المجلى لابن جزم الظاهرى حـ ٨ ص ١٢٢ ومابعدها :

ولاتجوز الشركة الا فىَ اعيان الاموال فتجوز فى التجارة بان يخرج احدهما مالا والاخر ما لامثله من نوعه أو اقل منه أو اكثر منه ٠٠٠٠٠٠ .

٧٠ – وقد جاء فى المختصر ٠٠ وهو من كتب الشيعة الامامية ولا تنعقد اى الشركة بالابدان والاعمال ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد اجرة عمله ولا اصل لشركة الوجوه والمفاوضة ٠٠٠٠ .

المختصر النافع ص ٤٥ ومفتاح الكرامة حـ ٧ ص ٣٩٢ و ٣٩٣ .

٧١ – وربما ذلك يفسر مسلك معظم الفقهاء عندما اخصوا هذا العقد المضاربة بافراد باب مستقل له فى كتبهم يستقل به عن باقى انواع الشركات .

٧٢ – قانون المعاملات المدنية السودانى لسنة ١٩٨٤ الفصل الثانى من الباب السابع وعنوانه بعض أنواع الشركات وذلك فى المواد من ٢٥٨ الى ٢٧٦ والتى تناولت كلا من شركة الاعمال وشركة الوجوه وشركة المضاربة .

٧٣ – المفاوضة لغة تعنى المساورة وقد سمى هذا النوع من الشركة : بذلك لاعتبار المساواة فيها بين الشركاء فى رأس المال الذى يجوز تقديمه فى الشركة والتصرف والدين والربح – وقيل هى مشتقة من غاص الماء أو الخبر اذا انتشر وذلك لانتشار هذا العقد الشركات فى الشريعة والقانون المرجع السابق هامش ص ٢٢ ولكنا نميل الى ان المفاوضة من التفويض لان كل واحد من الشريكين يفوض التصرف الى صاحبه فى كافة مال التجارة ، خاصة وان شروط المفاوضة يجعلها نادرة الوقوع عملا لعدم إمكان توافر المساواة المطلقة بين الشركاء ابتداء وانتهاء محاضراتنا فى الشركات فى الفقة الاسلامى والتشريع الوضعى – المرجع السابق وايضا بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، ابو بكر بن مسعود الكاسانى القاهرة جزء ٦ ص ٥٨ ، رد المختار على الدر المختار محمد أمين الشهير بابن عابدين القاهرة جزء ٣ ص ٥٢١ وقد ذكر الكاسانى ان المساواة فى رأس المال تكون قدرا وهى شرط صحة المفاوضة بلاخلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرا لم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبىء عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما امكن وكذا قيمة فى الرواية المشهورة ، لان زيادة القيمة بمنزله زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التى هى من مقتضى «عقد المفاوضة» .

وعلى الرواية المشهورة لاتشترط المجانسة فى رأس المال حتى لو كان لاحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة فى الرواية المشهورة بعد ان استويا فى القيمة ولا خلافَ فى أنهما إذا لم يستويا فى القيمة لم تكن مفاوضة .

وروى عن أبى حنيفة عليه الرحمة أنه لاتكون مفاوضة وأن استويا فى القيمة لأنه عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما فى القيمة والصحيح هو الرواية المشهورة لانها من جنس الاثمان فكانت المجانسة ثابتة فى التنمية» .

هـــوامش

- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ، الجزء السابع ص ٣٥٤١ ، ٣٥٤٢ .

٧٤ - عنَّ أى حبس وسميت هذه الشركة عنانا لأن شريك العنان حبس بعض ماله عن الشركة ويلاحظ أن المشرع السودانى فى قانون المعاملات المدنية السودانى لسنة ١٩٨٤ أخذ بكل من شركة الأعمال وشركة الوجوه وشركة المضاربة وأن كنا نعتقد أن روح التشريع السودانى لاتمنع الأخذ باشكال أخرى من الشركات لأن المشرع السودانى ذاته أورد قواعد هذه الشركات فى الفصل الثانى من الباب السابع من القانون وعنوان هذا الفصل «بعض أنواع الشركات» فكان المشرع السودانى يعترف صراحة بأن هناك أنواعا أخرى جائزة من االشركات .

والمشرع السودانى لا يمنع أن تكون شركة الأعمال أو شركة الوجوه فى شكل شركة المفاوضة أو فى شكل شركة العنان أى أنه أخذ بالاتجاه الثانى للمذهب الحنفى فى جعل كل من المفاوضة والعنان شكلا لشركة وليست شركة مستقلة وهذا هو الأرجح وعلى هذا فشركة الأعمال فى القانون السودانى يمكن أن تتخذ شكل المفاوضة ويمكن أن تكون فى صورة شركة عنان وأيضا شركة الوجوه فيمكن أن تكون فى شكل شركة مفاوضة أو فى شكل شركة عنان - وأما بالنسبة لشركة المضاربة فلها وضع خاص سوف نتناوله فيما بعد - وقد نص المشرع السودانى صراحة فى المادة ٢٥٨ من قانون المعاملات المدنية السودانى لسنة ١٩٨٤ وهو يعرف شركة الأعمال أنها عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على التزام العمل وضمانه للغير لقاء أجر سواء أكانوا متساويين أو متفاضلين» أى أما أن تتخذ شكل شركة المفاوضة أو شركة العنان وفى شركة الوجوه نص المشرع السودانى فى المادة ٢٦٤ على أن يضمن الشركاء ثمن المال المشترى كل بنسبة حصته فيه سواء باشروا الشراء معا أم منفردين» - كما نص فى المادة ٢٦٥ تحت عنوان كيفية توزيع الربح والخسارة على أن يوزع الربح والخسارة على الشركاء بنسبة ما ضمنه كل منهم من المال الذى اشتروه نسيئة ما لم ينفق على غير ذلك - أى أنه لا يشترط التساوى بين الشركاء فكأن المشرع السودانى اجاز فى كل من شركة الاعمال وشركة الوجوه فى قانون المعاملات المدنية السودانى سنة ١٩٨٤ الأخذ بشكل المفاوضة حيث يشترط التساوى بين الشركاء أو شكل شركة العنان حيث لايشترط التساوى بين الشركاء .

٧٥ - وذلك يحقق المساواة بين الشركاء أيضا حيث يكون كل منهم مطالبا بما يطالب به شريكه ولكل شريك أن يقر بالديون على الشركة وإذا أقر بها لزم شركاؤه اقراره - فشركة المفاوضة باعتبار أنها تنطوى على الوكالة والكفالة تقترب من شركة التضامن غى القانون مع ملاحظة أنه فى شركة التضامن لا يشترط المساواة المطلقة بين الشركاء كما هو الحال فى شركة المفاوضة .

٧٦ - نظرا لاختلاف كل منهما فى مدى الولاية فى التصرف حيث تخرج الكفالة عن ولاية المميز الماذون بالتجارة .

٧٧ - وذلك يحقق المساواة بين الشركاء أيضا حيث يكون لكل منهم مطالبا بما يطالب به شريكه ولكل شريك أن يقر بالديون على الشركة وإذا أقر بها الزم شركاؤه اقراره - فشركة المفاوضة باعتباره أنها تنطوى على الوكالة والكفالة تقترب من شركة التضامن فى القانون مع ملاحظة أنه فى شركة التضامن لايشترط المساواة المطلقة بين الشركاء كما هو الحال فى شركة المفاوضة ، كما أشرنا من قبل .

٧٨ - ولا عبرة بالتفاوت فى التجارة بين المسلم والذمى عند أبى يوسف لاستوائهما فى التجارة الشركات فى الشريعة والقانون - المرجع السابق ص ٢٤ .

وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أنه لا يجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمى لأن الذمى يختص بتجارة لاتجوز للمسلم وهى التجارة فى الخمر والخنزير فلم يستويا فى التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة

هـوامش

وعند أبى يوسف يجوز لاستوائهما فى أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما فى التجارة .
- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع الكاسانى الجزء السابع - المرجع السابق ص ٣٥٤٢ - ٣٥٤٣ .

٧٩ - الحصة بالعمل بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - المرجع السابق - ص ١٨ ، ويلاحظ أنه اذا فسدت المفاوضة لتخلف أى شرط من شرائطها تنقلب الى عنان وفى ذلك يقول عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى فى الاختيار لتعليل المختار «من كتب الفقه الحنفى جـ ٣ ص ٧٦ كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعلها عنانا .. أى أن تتحول المفاوضة عند تخلف أى شرط من شرائطها الى عنان أى أن الشركة بعد أن كانت تتخذ شكل أو اسلوب المفاوضة تصبح فى شكل أو اسلوب العنان .. وهذا يؤيد ماذهبنا إليه من أن كلا من المفاوضة أو العنان ليست شركة مستقلة بل أسلوب عمل أو شكل للشركة .

٨٠ - ونرى - كما اشرنا فى المتن - أن العبرة بالمال المقدم كحصة فى الشركة وضرورة أن يتساوى مع ماقدمه الشريك الآخر وهذا ما يعنيه شرط المساواة التى يتطلبها الفقهاء من وجهة نظرنا فى بدء حياة الشركة .

٨١ - يقصد بالنقدين الذهب والفضة .

٨٢ - فلا يصح أن تكون الشركة التى تتخذ شكل المفاوضة بين صبى وبالغ ولا بين حر ومملوك ماذون له فى التجارة وكذلك لا يصح أن تكون بين المختلفين فى الدين فلا تصبح بين مسلم وكافر ولا يخفى أن التساوى فى التصرف يستلزم التساوى فى الدين وانما ما ذكر لزيادة الايضاح وبعضهم يقول أنه تصح مع الأختلاف فى الملة الا أنها تكره كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - الجزء الثالث قسم المعاملات أ . د . عبد الرحمن الجزيرى المرجع السابق ص ٦٧ ومع أن ما ورد من جواز اختلاف احد الشركاء فى غير ملك النقدين «الذهب والفضة» إلا أن ذلك حاليا أمر غير مقبول لأن الأموال تشمل غير الذهب والفضة وان الحصص الجائز تقديمها يمكن أن تكون مع اشتراط .. المساواة المطلوبة - أما نقدية أو عينية أو عملا حسب نوع وطبيعة الشركة - كما وأن اشترط المساواة بين الشركاء فى شركة المفاوضة وأن كانت لها ما يبررها فيما يختص بالمال أو الابدان أو التصرف أو الربح .. الا أنه إلا نرى ما ذهب إليه البعض من ضرورة التساوى فى الدين .

ولذلك نجد أبا يوسف من الأحناف ذهب الى عدم ضرورة التساوى فى الدين - أما أبو حنيفة ومحمد فقد ذهبا الى ضرورة التساوى فيه - أى أن فقهاء الحنفية اختلفوا فى اشتراط التساوى فى الدين ، واختلافهم رحمة .

ولعل اشتراط المساواة على النحو الذى يتطلبه الفقهاء جعل بعض الفقهاء يستبعد استمرار الوضع الخاص بشركة المفاوضة على نحو ما أشرنا اليه لان اشتراط المساواة المطلقة هذه ابتداء وبقاء «طوال حياة الشركة» أمر لا يبقى زمنا طويلا .. (الشركات فى الفقه الاسلامى للشيخ على الخفيف ص ٦٣) .

٨٣ - وقد ورد شرط لفظ المفاوضة فى عقد المفاوضة فى بدائع الصنائع للكاسانى الجزء السابع ص ٣٥٤٤ .
إذ ورد فيه روى الحسن بن أبى حنيفة أنه لاتصبح شركة المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة وهو قول أبى يوسف ومحمد لأن المفاوضة شرائط لايجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والقوام قلما يقفون على ذلك وهذه العقود فى الاعم الأغلب تجرى بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصبح وأن لم يذكر لفظها .

٨٤ - المرجع السابق ص ٣٥٤٤
وقال صاحب البحر الزخار جـ ٤ ص ٩١ كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا إمكن تصحيحا لنصرفها بقدر الامكان - عند «الحنفية» وذلك تاييدا لما هو معروف من نظرية تحول العقد .

هوامش

٨٥ - وإذا كانت المفاوضة فى شركات الأموال فان محل هذه الشركة . جميع ما يكون لدى الشريك مما يصلح تقديمه كرأس مال للشركة . والمال الذى يصلح هو المال السائل دون العرض والعقار .
الحصة بالمعمل فى الفقه الاسلامى - المرجع السابق ص ٨ .

ومع تقديرنا لما ذهب إليه من اشتراط من الفقهاء المساواة فيما يقدمه كل شريك وفى الاموال الخاصة التى لديه - فاننا نعتقد أن فى ذلك كما أشرنا خلطا بين الحصة التى يقدمها الشريك للشركة وبين مسئولية الشريك غير المحدودة بحصته عن التزامات الشركة والتى كما نعرف مسئولية تمتد الى أمواله الخاصة فهناك فرق بين الحصة المقدمة من الشريك وبين الضمان الذى يتحمله الشريك .

مثلا لاقتراب وضع الشريك فى شركة المفاوضة بالشريك المتضامن (إذ أن المفاوضة تنطوى على الوكالة والكفالة) والشريك المتضامن يتحمل مسئولية عن اعمال الشركة تجاوز الحصة المقدمة الى امواله الخاصة . وإذا كان من المقبول أن يشترط تساوى الحصص المقدمة من الشركاء فانه من غير المعقول أن يشترط ضرورة تساوى ما قد يكون لديهم من أموال خاصة تصلح أن تقدم كرأس مال للشركة لأن هذا أمر قد لا يتوقف على ارادة الشركاء إذ قد يرث أحدهم مالا أو يوصى له بشيء أو يعثر على لقطة ..

٨٦ - فلو شرط أنه لا يتصرف واحد منهما الا بحضرة صاحبه وموافقته على ذلك وهو معنى الاستبداد لزم الشرط وتسمى «شركة عنان» مواهب الجليل - جـ ٥ ص ١٣٣ .

٨٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢/٢٧١ ، وشرح الزرقانى على مختصر خليل ٦ / ٤٤ .

٨٨ - الشركات فى الشريعة الاسلامية والقانون .. د . عبد العزيز الخيلط - المرجع السابق - ص ٢٥ .

٨٩ - فقد ورد فى كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٧٤ عن المفاوضة

«وهى قسمان احدهما أن يدخلا فيها الاكساب النادرة كوجدان لقطه أوجُدان ركاز وما يحصل لها أى الشريكين من ميراث أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جناية ونحو ذلك (فهذه شركة فاسدة) لأنه عقد لم يرد الشرع بمثله ولها فيه من كثرة الضرر ولأنه تضمن مالا يقتضيه العقد من كفالة وغيرها والقسم الثانى من قسمى المفاوضة تفويض كل منهما الى صاحبه شراء وبيعا ومضاربة وتوكيلا وابتياعا فى الذمة ومسافرة بالمال وارتهانا وضمانا .. فهى صحيحة وهى الجمع بين عنان ومضاربة ووجوه وابدان لان كل واحدة تصبح منفردة فصحت مجتمعة .. وكذلك لو اشتركا فى كل ما يثبت لهما أو يثبت عليهما ان لم يدخلا فيه كسبانا درا كميراث ووجدان لقطة .

٩٠ - المغنى لابن قدامه - جـ ٥ ص ٢٦ .

وقد زعم صاحب المغنى ان النوع الذى لا يصح من المفاوضة قال به ابو حنفية ومالك وغيرهما وليس هذا بصحيح فإن الشركة لا تصح عند أبي حنيفة الا فى النقدين واشتراط المساواة عنده فى النقدين فى الأموال الخاصة وراس المال الشركة (وقد سبق لنا تبيان وجهة نظرنا بخصوص اشتراط المساواة فى الأموال الخاصة) وأما مالك فانه يشترط المساواة فى التصرف لكل من الشركاء فى جميع أنواع التجارات .

٩١ - فقد جاء فى البحر الزخار جـ ٤ ص ٩٠ .
شركة المكاسب (فى مقابلة شركة الملك) اربعة مفاوضة وعنان ووجوه وابدان .

٩٢ - ولذلك نجد أقسام الشركة عند الفريق الأول من الاحناف أربعة (مفاوضة - عنان - صنائع ووجوه) ومنهم من يضيف شركة المضاربة الى هذه الأنواع - ولنا عودة للرد على من لا يعتبر المضاربة ..... من بين أقسام الشركة أصلا بحجة (كما يذكر) أنها شركة فى الربح إذ أن المضاربة تعتبر شركة وما دامت شركة فهى تحتمل

هوامش

الربح والخسارة وقد أخذ القانون السوداني بما نعتقده من أنها شركة مثل سائر الشركات إذ أن المشرع السوداني عندما تتناول أحكامها في قانون المعاملات المدنية السوداني ذكرها تحت عنوان «بعض أنواع الشركات» وتناول أحكامها بعد أن عرض لكل من شركة الأعمال وشركة الوجوه ثم شركة المضاربة . راجع ما سبق ص ٢٦ .

٩٣ – راجع ما سبق ص ٣٤ .

٩٤ – راجع ما سبق ص ٣٤ .

٩٥ – ويستندون في هذا الجمع إلى صحة هذه الأنواع منفردة فليس ما يمنع من صحتها إذا إجتمعت ويصفون ذلك بقولهم : «كما لو ضم ماء طهور الى مثله» .

٩٦ – راجع ما سبق

وقد بنى الشيعة الزيدية المفاوضة على المساواة في المال جنسا وقدرا ويقيمونها على الوكالة والكفالة فيكون لكل شريك ما لصاحبه وعليه ما عليه . قال زيد رحمه الله «مالزم أحد المفاوضين لزم الآخر ويشترط خلط المالين فيها عندهم كما يشترطون ما يشترطا الحنفية مجموع الفقه لابى القاسم البغدادى ١ / ١٧٧ طبعة ميلانو – والمنتزع المختار ٣/ ٣٥٤ طبعة دار العروبة ١٩٦١ .

٩٧ – كتاب الأم للشافعي رواية الربيع بن سليمان ، القاهرة ، جـ ٧ / ١٣٢ وفي رواية أخرى «تفاوضوا فانه أعظم للبركة» بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٥٨ .

٩٨ – جاء في حاشية الشلبي : «.... وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الكرخي وقد روى جواز شركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين وغيرهما ولان المسلمين تعاملوا بمقتضى هذه الشركة من غير نكير فكان دليلاً على جوازا ....» هامش الزيلعي جـ ٣ ص ٣١٤

وقد قال الزيلعي روى ابن ماجه من حديث صهيب رفعه «ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمفاوضة وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع .. والنسخ مختلفة هل هي المفاوضة بالفاء والواو أو بالقاف والراء . وقد أخرجه الحربي في غريبة بالعين والراء وفسره بانه بيع عرض بعرض ..

نصب الراية ص ٣٢٦ سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٢٣ وحاشية السندي بذات الصفحة .

٩٩ – الشركات بين الشريعة الاسلامية والقانون – المرجع السابق والحصة بالعمل – المرجع السابق .

١٠٠ – كتاب الخلاف لابي جعفر الطوسي ٢/ ١٣٩ .

١٠١ – والغرر فيه أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه بشيء لا يقدر على القيام به .

١٠٢ – ولا يتم الربح عند أبي حنيفة الا بخلطها إذ لابد من اختلاط الأصول وهي رأس المال لتتم الأرباح – الشركات في الشريعة والقانون المرجع السابق ص ٢٧ والخلاف لابي جعفر الطوسي ٢ / ١٣٩ والمغني لابن قدامة ٥/ ٢٦ والاقناع في حل الفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/ ٢٩٢ .

١٠٣ – العنان مشتق من قول القائل عَنَّ لي أي عرض لي وسميت هذه الشركة عنانا لأنه يقع على حسب ما يعن الشركاء في كل التجارات وقيل من عن بمعنى حبس والعنان بحبس الدابة عن الانطلاق فكان شريك العنان حبس بعض ما له عن الشركة أو حبس شريكه عن بعض التجارات أو لاستواء الشريكين في ولاية التصرف كما يستوى العنان في يد راكب الدابة وورد في المغني لابن قدامة – جزء ٥ ص ١٤ واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقيل سميت بذلك لانهما (الشريكين يتساويان) في المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا

هوامش

في السير ، فان عنانيهما يكونان سواء .

وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض ، يقال عنت لي حاجة اذا عرضت ، فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما (أي من الشريكين عن له أن يشارك صاحبه وصل هي مشتقة من المعاننة وهي المعارضة ، يقال عانت فلانا إذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله «المعنى لابن قدامة جزء ٥ .

١٠٤ - فيجوز ان تعقد شركة العنان بين المميزين الماذونين في التجارة وذلك على خلاف شركة المفاوضة ، الحصة بالعمل - المرجع السابق ص ٢٢ .

١٠٥ - يجوز أن تكون شركة العنان في عموم التجارات أي أن يشترك الشركاء في عموم التجارات كما يجوز أن يكون عقد شركة العنان خاصا أي أن يشترك الشركاء في شيء خاص .

١٠٦ - فقد روى عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي ﷺ «كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري» اخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه صححه الحاكم وأخرجه أحمد من وجه آخر أن النبي ﷺ قال للسائب : «مرحبا باخي وشريكي ... الحديث» نصب الراية في تخريج احاديث الهداية - للزيلعي ص ٣٢٦ سنن ابن ماجه حـ ٢ ص ٢٣ .

١٠٧ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار لأحمد بن المرتضى جزء ٤ ص ٩٢ القاهرة ١٩٤٩ .

١٠٨ - يقول السمرقندي «خزانة الفقه» أما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وتصح مع التفاضل في المال ويصح أن يتساويا في الربح ويتفاضلا فيه .. وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر ثم رجع على شريكه بحصته منه . وفي شرط انعقاد الشركة على الوكالة اشار إليه السرخسي في المبسوط جزء ١١ ص ١٥٣ أي أن كل واحد من الشركاء يكون وكيلا عن صاحبه في الشراء الذي عينه ولهذا يشترط تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لأن الوكالة بالشراء لا تصح الا بمال الموكل وكونها مبنية على الوكالة يمكن كل شريك من التصرف ويكون الحاصل من التجارة مشتركا بين الشركاء المرجع السابق وأيضا الاختيار لتعليل المختار لمجد الدين الموصلي جزء ٢ ص ١٩ .

١٠٩ - بدائع الصنائع جزء ٦ ص ٦١ .

١١٠ - فإن عقدت الشركة على أن رأس مال كل منهما مبلغ معين وكانت الأموال حاضرة ولكن التصرف بالشراء لم يبدأ بعد فهلك أحد المالين ، هلك على صحابه فإن تصرف أحد الشريكين بالمال ترتب الأثر حينئذ فاذا هلك أي جزء من المال هلك على حساب الشركاء جميعا .

١١١ - راجع ما سبق ص ٨ .

١١٢ - محاضراتنا الشركات في الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي لطلاب ماجستير الفقه المقارن - بجامعة أم درمان الاسلامية - المرجع السابق .

١١٣ - راجع ما سبق ص ٣٧ .

١١٤ - يقول المزني : «والشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد منهما دنانير مثل دنانير صاحبه ويخلطهما فيكونان فيهما شريكين فان اشتريا فلا يجوز أن يبيعه أحدهما دون صاحبه فان جعل كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر في ذلك كله بما قام من أنواع التجارة قام في ذلك مقام صاحبه فما ربحا أو خسرا فلهما وعليهما نصفان .

هوامش

بهامش الام جـ ٢ ص ٢٣٠ .

١١٥ - يقوم ابن حزم المحلى جـ ٨ ص ١٢٤ .
«ولاتجوز الشركة الا في اعيان الأموال فتجوز فى التجارة بان يخرج أحدهما مالا والآخر مثله من نوعه أو أقل منه أو اكثر منه فيخلطا المالين» .

١١٦ - جاء فى البحر الزخار جـ ٤ ص ٩٢ «وهى مشروعة اجماعا وقول مالك لا اعرف العنان اراد اشتقاق اللقب ومن صحت وكالته صحت شركته عنانا ..» .

١١٧ - جاء فى مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٣٩٢ شركة العنان وهى شركة أموال شركة جائزة باجماع العلماء فى جميع الامصار .

١١٨ - الشركات فى الفقه الاسلامى للشيخ على الخفيف ص ٣٣ - ٣٥ وأيضا الشركات فى الفقه الاسلامى أ . د . عبد العزيز الخياط - المرجع السابق ص ٣٢ .

١١٩ - المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق ، ص ١٨ .

١٢٠ - يقول الدردير : «الشرح الكبير بهامش الدسوقى جـ ٣ ص ٣١٤
وان شرطا نفى الاستبداد فعنان أى فهمى شركة عنان أى تسمى بذلك .. ولذا لو تصرف أحد منهما بدون أذن الآخر كان له رده»
وفى مواهب الجليل
واختلف فى الاشتقاق مما أثار اختلافا كثيرا قال ابن القاسم وأما شركة عنان فلا نعرفه من قول مالك ولا رايت أحدا من أهل الحجاز يعرفه ، قيل أنه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم قلت وقد علق أبن القاسم الحكم على شركة العنان فى غير موضع من المدونة ولكنه لم يفسرها .

١٢١ - الشركات فى الفقه الاسلامى - أ . د . عبد العزيز الخياط - المرجع السابق ص ٣٢ .

١٢٢ - راجع ما سبق ص ٣٨ و ٣٩ .

١٢٣ - المغنى لابن قدامة - جـ ٥ ص ١٨ .

١٢٤ - ذكره ابن المنذر وانما اختلف فى بعض شروطها واختلف فى علة تسميتها شركة العنان ، فقيل سميت بذلك لأنهما يتساويان فى المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا فى السير فان عنانيهما يكونان سواء .

وقال الفراء : هى مشتقة من عن الشيء أى عرض يقال عنت لى حاجة اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه وقيل هى مشتقة من المعانتة ، وهى المعارضة يقال عانت فلانا إذا عارضته بمثل ماله وافعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء .

١٢٥ - نص عليه أحمد فى روايه أبى طالب وحرب وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثورى والشافعى واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأى لأن الشركة أما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو اثمانها لا يجوز وقوعها على أعيانها لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله وهذه لامثل لها فيرجع إليه وقد تزيد قيمة جنس احدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح ولا على قيمتها لأن القيمة غير محققة

هوامش

القدر فيفضى الى التنازع وقد يقوم الشيء باكثر من قيمته ولأن القيمة قد تزيد فى احدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر فى العين المملوكة له ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكانها ولأنه ان ارادا ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع – المغنى لابن قدامة – الجزء الخامس – المرجع السابق ص ١٢ .

١٢٦ – راجع ما سبق ص ٢٩ ، ٤٠ .

١٢٧ – الشركات فى الفقه الاسلامى أ . د . عبد العزيز الخياط ص ٣٢ .

١٢٨ – راجع ما سبق ص ٧ ، ٨ .

١٢٩ – خلط الأموال المقدمة من الشركاء له أثر خاص عند الحنفية إذ يرتبون عليه ضمان هلاك جزء من المال فى جميع رأس المال اذا كان الهلاك قد وقع قبل الشراء أى قبل بدء نشاط الشركة – الحصة بالعمل – المرجع السابق ص ٢٣ .

١٣٠ – المغنى لابن قدامة جزء ٥ ص ١٦
وكشاف القناع جزء ٢ ص ٢٥٤ والشركات فى الفقه الاسلامى ، أ . د . عبد العزيز الخياط ص ٣٣ .

١٣١ – راجع ماسبق ص ٧ ، ٨ .

١٣٢ – ويعتبر الاتفاق على تخصيص احد الشركاء فى شركة العنان أو بعضهم للقيام باعمال الادارة فى الواقع استعمالا لهذا الحق المخول للشركاء إذ أن الشركاء الذين لا يقومون بالادارة (فى حالة الاتفاق على التخصيص) يكونون قد فوضوا غيرهم بها فكأنهم يديرون الشركة بالتفويض .

١٣٣ – وهذا بخلاف شركة المفاوضة اذ يجب المساواة فى توزيع الربح بين الشركاء .

١٣٤ – الحصة بالعمل – المرجع السابق ص ٢٣ .

١٣٥ – لاختلاف قدرات الناس من حيث العمل ودرجة الجودة .

إرادة الشعب

إن إرادة الشعب الحازمة هى التى تقرر القانون الاساسى ، وليست إرادة أية مصلحة من مصالح الحكومة أو كلها مجتمعة .

ابراهام لنكولن

على هامش قانون السلطة القضائية

للسيد الاستاذ/ حسين محمد البيومي - المحامي

« إن المحامين قوم ثوريون ، وما دام سيفي بيميني فلن أضع امضائي على أي دكريتو يعيد اليهم نقابتهم ، وأود لو استطيع قطع لسان كل محام يستعمله في الطعن على الحكومة » .

نابليون الأول

رسالة المجد والشموخ

لم تكن « المحاماة » على مر العصور مهنة قط ، بل رسالة الدفاع عن الحقوق والذود عن الحريات ، ضرب من خلالها المحامون أروع صور الفروسية والفضيلة ، فأوقدوا شعلة الثورة على الظلم والاستبداد ، ووضعوا مبادىء فلسفة النجدة والنخوة ، وقننوا آداب السلوك المهني خلقًا عظيمًا .

لذلك لم تكن مصادفة أن تلتقي الشرائع السماوية كلها على وصف المحاماة بأنها رسالة الفضيلة ومنبع القيم ، ووعد المحامين بأعظم درجات الثواب في الآخرة ، ولا غرو أيضًا أن يجمع المؤرخون والزعماء والمفكرون والفلاسفة والكتاب - على اختلاف أزمانهم وأجناسهم ومشاربهم - على خلع سمات الشرف والمجد والعظمة والشموخ على المحاماة والمحامين .

وما كنت بحاجة الى سرد هذه البديهيات ، لولا ما انتابني من غضب وما أصابني من ألم منذ عكفت على دراسة تشريعات المحاماة(1) في مصر فوجدتها قد تجاهلت حقوق المحامين ومنزلتهم وجردت المحاماة من أمجادها وجلالها ، بل إن لسان حالها يؤكد أن السلطات المتعاقبة التي أصدرتها كانت ترغب النيل من المحاماة والمحامين جزاء جهادهم لنصرة الحرية وتضحياتهم من أجل الشرعية ودورهم في الدفاع عن حقوق الوطن والمواطن !!

وبرغم أن المحامين قد أدركوا هذه الحقيقة مبكرًا ، إلا أنهم لم يحركوا ساكنًا ، اللهم إلا صرخة هنا أو رجاء هناك ، وقد كان حريًا بهم أن يقتحموا كل السبل ويطرقوا كل الوسائل التي تعيد للمحاماة مجدها وشموخها وتكفل للمحامين جلال الأنبياء .

ولما كنت على يقين بأن أهم هذه السبل هو السعي الى تنقية تشريعات المحاماة مما يشوبها أو ينتقص من قدرها أو يعوق حرية المحامين ؛ فقد بادرت بتقديم « مشروع قانون بتعديل قانون المحاماة » للمؤتمر الأول للمحامين الشبان الذي عقد سنة ١٩٨٧ ، وقد شرفني المحامون المشاركون فيه إذ اعتنقوا بعض أفكاره وتبنوها وأدرجوها بتوصيات المؤتمر ، وقد دفعني ذلك إلى موالاة البحث حتى قدمت لزملائي المحامين بالبحيرة « نظرات في تعديل قانون الإجراءات الجنائية » ، وأحمد الله أنهم تقبلوه قبولاً حسنًا

وكان ثناؤهم عليه دافعًا لأسير على ذات النهج الذى رسمته لنفسى فأعكف على بحث المواد الخاصة بالمحاماة والواجبة التعديل فى قانون السلطة القضائية وأقدمها إليك – أستاذى وزميلى العزيز – راجيًا أن تحوز قبولك ، فتنادى معى بتعديل ذلك القانون أيضًا بما يحقق آمال المحامين ويعيد للمحاماة مجدها وشموخها .

والله الموفق ..

OOOO

الفصل الأول

مدى دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية

صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية الحالى استنادًا لسلطة التشريع التى منحها الدستور استثناءً لرئيس الجمهورية ليمارسها أثناء غيبة مجلس الشعب فى الحالات التى توجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، ورغم أن مبادىء ومسلمات الفقه الدستورى لا تجيز تنظيم أى من السلطتين التشريعية والقضائية بأداة تشريعية أدنى من القانون فإن العمل قد جرى على إصدار معظم التشريعات المنظمة للسلطة القضائية فى مصر بقرارات بقوانين (٢).

وإذا كان يبين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية أن الأسباب التى استندت اليها الحكومة فى التعجيل بإصداره أثناء غيبة مجلس الشعب تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من أن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ فى شأن السلطة القضائية قد صدر « منذ نحو سبع سنوات كشفت التجربة خلالها عن حاجة النظام القضائى إلى كثير من وجوه التطوير والإصلاح ، كما صدرت خلال هذه الفترة بعض التشريعات الهامة المتصلة بالتنظيم القضائى فى البلاد ومن أهمها القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا والقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، ثم صدر الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية فى الحادى عشر من سبتمبر ١٩٧١ مختصًا السلطة القضائية بالكثير من الأحكام ،

وقد اقتضى ذلك جميعه اعادة النظر فى القانون الراهن تنسيقًا لشتى الأحكام المنظمة للقضاء فى ضوء مبادىء الدستور الجديد ، وتداركًا لأوجه القصور التى أسفر عنها التطبيق العملى لهذا القانون وتوفيرًا للمزيد من الضمانات والحوافز لرجال القضاء وتأمينًا لحاضرهم ومستقبلهم وسعيًا بالنظام القضائى نحو الكمال ، وتحقيقًا لذلك جميعه أعد مشروع القانون المرافق فى شأن السلطة القضائية ليحل محل القانون القائم » ، كما أن تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب عن ذات القرار بقانون السلطة القضائية قد تضمن أنه « فى ضوء المبادىء التى أرساها الدستور الجديد والتى من بينها أن استقلال القضاء وحصانته ضمانتان أساسيتان لحماية الحقوق والحريات كان من المتعين اعادة النظر فى قانون السلطة القضائية لتوفير المزيد من الضمانات التى تكفل للقاضى اطمئنانه واستقلاله ، وترسى قواعد العدالة على أسس وطيدة

ثابتة ، وقد كان ذلك مطلبًا ملحًا لا يحتمل التأخير ، خصوصًا وأن السنة القضائية تبدأ فى أول أكتوبر وأن الحكومة كانت قد أعلنت قبلها عن تقرير بدل قضاء لرجال القضاء ، وأن استقلال القضاء كان يقتضى أن يتقرر هذا البدل فى قانون السلطة القضائية ذاته ، ومن ثم فقد صدر بذلك القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المشار اليه ، والذى رأت اللجنة أن الحكمة التى قصدتها المادة ١٤٧ من الدستور قد توفرت فى اصداره » ، وعند عرض القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على مجلس الشعب للنظر فى إقراره اكتفت الحكومة بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون ولم تشمل المناقشات ماهية حالة الضرورة التى حتمت اصدار القرار بقانون أثناء غيبة مجلس الشعب !!

لما كان ذلك ، وكانت الأسباب سالفة الذكر وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قانون السلطة القضائية بعد أن استجدت تغيرات أوجبت تطوير واصلاح النظام القضائى ، وإنْ جاز أن تندرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع صاحبة الإختصاص الأصيل إلى سن قواعد قانونية جديدة أو تعديل التشريعات القائمة ، تلافيًا لأوجه القصور وتحقيقًا لدعاوى التطوير إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط التى أوردتها المادة ١٤٧ من الدستور فى فقرتها الأولى ، ذلك أن تلك الأسباب تفيد إنه لم يطرأ - أثناء غيبة مجلس الشعب - حدث معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الإستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ، ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية إذ صدر استنادًا لهذه المادة وعلى خلاف الضوابط المقررة بها يكون مشوبًا بمخالفة الدستور .

جدير بالذكر أن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره ، كما أنه ليس من شأن هذا الاقرار فى ذاته أن يضفى على القرار بقانون ضفة عمل تشريعى جديد يدخله فى زمرة القوانين التى ينبغى أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها واصدارها القواعد والإجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون .

وانطلاقًا من هذا المعنى وحرصًا على ما لقضائنا من قدسية وإجلال فإنى أهيب برجال القانون - كل فى موقعه - أن يبذلوا كل جهودهم لإستبدال القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية بعمل تشريعى يصدره مجلس الشعب تلافيًا لما شابه من عوار دستورى قبل أن يعرض على المحكمة الدستورية العليا فتقضى بعدم دستوريته ويكون لذلك أثره فى زعزعة الثقة فى القضاء .

الفصل الثانى

مشروع قانون
بتعديل بعض أحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون

التالى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

تلغى المادة الخامسة[٣] من قانون إصدار قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية ..

المادة الثانية

تستبدل بنصوص الفقرة (هـ) من المادة ٣٩ ، وبالفقرات (جـ) من البنود : ثانيًا وثالثًا ورابعًا من المادة ٤١ ، وبالفقرة (جـ) من المادة ٤٣ ، وبالفقرة الثانية من المادة ٦١ ، وبالفقرة الثالثة من المادة ١٠٦ ، وبالمادتين ١٣١ ، ١٣٢ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية النصوص التالية :

مادة ٣٩ - فقرة (هـ)[٤] : المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الإستئناف سنتين متواليتين بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيرًا للعمل القضائى مدة تسع سنوات .

مادة ٤١ - البند ثانيًا (جـ)[٥] : المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الإستئناف مدة عشر سنوات متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيرًا للعمل القضائى مدة سبع عشرة سنة .

البند ثالثًا (جـ) : المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الإستئناف ثلاث عشر سنة متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيرًا للعمل القضائى مدة عشرين سنة .

البند رابعًا (جـ) : المحامون المقبولون للمرافعة أمام محكمة النقض .

مادة ٤٣ - الفقرة (جـ)[٦] : أن يكون من المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض لمدة ثلاث سنوات متوالية .

مادة ٦١ - الفقرة الثانية[٧] : وفى حالة غياب أحد القضاة أو وجود مانع لديه يندب رئيس المحكمة من يحل محله من القضاة أو المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة الإستئناف ، على أن يقتصر المحامى المنتدب على إصدار قرارات تأجيل كافة الدعاوى دون إصدار أحكام .

مادة ١٠٦ - الفقرة الثالثة[٨] : ويحضر القاضى بشخصه أمام المجلس وله أن يقدم دفاعه كتابة أو أن ينيب فى الدفاع عنه أحد المحامين .

مادة ١٣١[٩] : يشارك القضاة فى أعمالهم المحامون ، ويعاونهما الخبراء والمترجمون وأمناء السر والكتاب والمحضرون .

مادة ١٣٢[١٠] : للمحامين - دون غيرهم - حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم وسائر جهات التحقيق .

المادة الثالثة

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره ..

يبصم هذا القانون بخاتم الجمهورية وينفذ كقانون من

قوانينها ..

صدر برئاسة الجمهورية في أبريل ١٩٨٨ ..

رئيس الجمهورية

الفصل الثالث

المذكرة الايضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية

صدر القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية الحالى أثناء عطلة مجلس الشعب صاحب الاختصاص الأصيل فى التشريع ، ومن ثم فقد حال ذلك دون ابداء نواب الشعب لآرائهم وطرح أفكارهم قبل العمل به ، وأيضًا فان مناقشة ذلك القرار بقانون لدى عرضه على المجلس للنظر فى إقراره لم تستغرق وقتًا كافيًا طبقًا لما قررته اللائحة الداخلية للمجلس والتى لا تبيح سوى إقرار القرار بقانون فى مجموعه أو رفضه !

ورغم توالى التشريعات المعدلة لأحكامه إلا أن التجربة العملية كشفت عن قصوره فيما يتعلق بمعالجة الأمور الخاصة بالمحاماة والمحامين ، بالإضافة الى أن قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢ قد انطوى على أحكام عديدة لها صلة وثيقة بالقرار بقانون السلطة القضائية الحالى .

وقد اقتضى ذلك إعادة النظر في القرار بالقانون الحالى وفيما يلى أهم ما تضمنه المشروع المرافق من إضافات وتعديلات :

أولاً : إلغاء استثناء تعيين غير الحاصلين على إجازة الحقوق فى وظائف أعضاء النيابة :

نظمت قوانين السلطة القضائية المتعاقبة قواعد تعيين أعضاء النيابة العامة والقضاء حتى استقرت على ضرورة توافر عدة شروط فيمن يعين فى تلك الوظائف أهمها أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق من إحدى كليات الحقوق بالجمهورية أو على شهادة أجنبية معادلة لها وأن ينجح فى الحالة الأخيرة فى امتحان معادلة ..

وإذا كان القرار بقانون السلطة القضائية الحالى – والقانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥ فى شأن السلطة القضائية السابق – قد استثنى الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعى أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الموجودين بالخدمة فى نيابات الأحوال الشخصية أو الإدارات التابعة للديوان العام بوزارة العدل أو بالمحاكم حتى ١٩٦٥/٧/٢٣ من شرط الحصول على إجازة الحقوق لشغل بعض وظائف النيابة العامة ، فقد رُؤى أن اشتراط القرار بقانون أن يكون الباحث غير الحاصل على إجازة الحقوق موجودًا بالخدمة فى بعض الأجهزة التابعة لوزارة العدل حتى تاريخ معين يعتبر تحكمًا دون مقتضى من شأنه أن يخلق تمييزًا بين الحاصلين على الشهادات المشار اليها ، بحرمانه مجموعات كبيرة منهم من التمتع بالإستثناء(١١) .

ولأن القاعدة القانونية التى قررت ذلك الإستثناء قد حققت أهدافها حتى استنفدت أو كادت(١٢) بالاضافة إلى أن القضاء والنيابة العامة الآن ليسا بحاجة إلى خبرات قضائية تقل عن إجازة الحقوق .

وللحيلولة دون أن يعتلى

مقعد النيابة أو يلى القضاء من تطبع من هؤلاء الموظفين بأخلاق الكتبة واعتاد أفعالهم فيكون لذلك أسوأ الأثر على القضاء ، فقد ارتأى المشروع المرافق إلغاء المادة الخامسة من قانون اصدار القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية .

ثانيًا : تصحيح المعيار المتخذ لتحديد أقدمية المحامين لدى تعيينهم فى وظائف القضاء والنيابة :

حرص المشرع على تعويض الهيئة القضائية عن أعضائها الأكفاء الذين ينسلخون منها سنويًا للوفاة أو التقاعد أو الإستقالة ، فنص فى قوانين السلطة القضائية فى الفترة الأخيرة على وجوب تعيين نسبة من المحامين فى وظائف النيابة العامة والقضاء سنويًا ، مستعينًا فى تحديد أقدمية المحامى لشغل الوظيفة بدرجة قيده ومدة مزاولته للمحاماة ..

وإذا كان قانون المحاماة السابق رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ – ومن قبله القرار بقانون رقم ٩٦ لسنة ٥٧ بالمحاماة أمام المحاكم – قد أوجب أن تمضى على مزاولة المحامى للمحاماة أمام محاكم الإستئناف مدة قدرها سبع سنوات حتى يتم قبوله للمرافعة أمام محكمة النقض ، وأن تمضى على مزاولة المحامى للمحاماة أمام المحاكم الابتدائية مدة قدرها ثلاث سنوات حتى يتم قبوله للمرافعة أمام محاكم الإستئناف وأن تمضى على المحامى مدة قدرها سنتين تحت التمرين بمكتب أحد المحامين حتى يتم قبوله للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية ، فصدر القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية متضمنا وجوب تعيين نسبة من المحامين فى وظائف النيابة والقضاء مستعينًا فى تحديد أقدمية المحامى لشغل الوظيفة بدرجة قيده ومدة مزاولته للمحاماة ، فاشترط فيمن يعين مستشارًا بمحكمة النقض من المحامين أن يكون قد اشتغل أمام محكمة النقض مدة ثمانى سنوات متوالية ، واشترط فيمن يعين مستشارًا بمحاكم الإستئناف من المحامين أن يكون قد اشتغل بالمحاماة أمام محكمة النقض مدة خمس سنوات متوالية .

واشترط فيمن يعين رئيسًا فئة (أ) بالمحاكم الابتدائية من المحامين أن يكون قد اشتغل أمام محاكم الإستئناف خمس عشرة سنة متوالية وأن يكون قد مارس المحاماة فعلاً أو الأعمال النظيرة لها مدة عشرين عامًا ، واشترط فيمن يعين رئيسًا فئة (ب) بالمحاكم الابتدائية من المحامين أن يكون قد اشتغل أمام محاكم الإستئناف مدة اثنتى عشرة سنة متوالية وأن يكون قد مارس المحاماة فعلاً أو الأعمال النظيرة لها مدة سبع عشرة سنة ، كما اشترط القرار بقانون فيمن يعين قاضيًا بالمحاكم الإبتدائية من المحامين أن يكون قد اشتغل أمام محاكم الإستئناف أربع سنوات متوالية وأن يكون قد مارس المحاماة فعلاً أو الأعمال النظيرة لها مدة تسع سنوات .

ثم صدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن اصدار قانون المحاماة الذى انطوى على إطالة المدد الواجب ممارسة المحاماة خلالها للقيد أمام محكمة النقض ومحاكم الإستئناف أو المحاكم الإبتدائية فترتب على ذلك الإضرار بأقدميات المحامين لدى تعيينهم فى وظائف النيابة والقضاء ، الأمر الذى يعتبر إخلالاً بمبدأى تكافؤ الفرص

والمساواة بين المحامين وزملائهم فى التخرج الذين عينوا فى القضاء أو النيابة

واستتبع ذلك تصحيح المعيار المتخذ لتحديد أقدمية المحامين لدى تعيينهم فى وظائف القضاء فتقرر اعادة النظر فى أحكام الفقرة (جـ) من المادة ٣٩ ، والفقرات (جـ) من البنود ثانيًا وثالثًا ورابعًا من المادة ٤١ ، والفقرة (جـ) من المادة ٤٣ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالى وتعديلهم بما يكفل المساواة بين المحامين وزملائهم فى التخرج الذين عينوا رأسًا فى وظائف القضاء والنيابة وذلك بإنقاص المدد الواجب اشتغالها بالمحاماة أمام محاكم الإستئناف للتعيين فى وظيفة قاضى أو رئيس محكمة مدة سنتين ، وكذا بإنقاص المدد الواجب اشتغالها بالمحاماة أمام محكمة النقض للتعيين فى وظيفة مستشار مدة ثلاثة سنوات[١٣].

ثالثًا : تقرير نيابة المحامى عن القاضى فى ادارة الجلسة لتأجيل الدعاوى المنظورة :

وتطبيقًا لما أورده قانون المحاماة الحالى من أن « المحاماة مهنة حرة تشارك السلطة القضائية فى تحقيق العدالة » ، وتخفيفًا عن الأعباء الجسام الملقاة على كاهل القضاة ، فقد ارتأى المشروع المرافق مبدأ فريدًا مفاده إجازة انتداب رئيس المحكمة لأحد المحامين - فى حالة غياب أحد القضاة وتعذر وجود غيره من القضاة - ليحل محله فى إدارة جلسة المحكمة .

وقد قرر المشروع لذلك عدة ضوابط أهمها أن يصدر رئيس المحكمة قرارًا بإنتداب المحامى ، وألا تقل درجة قيد المحامى المنتدب عن القبول للمرافعة أمام محاكم الإستئناف ، وأن يقتصر - فى إدارته للجلسة - على إصدار قرارات تأجيل الدعاوى فحسب دون إصدار الأحكام[١٥].

ومن شأن هذا النص أن يجعل القاضى المتغيب بمنأى عن سوء ظن المتقاضين ، فلا تساور أحدهم الظنون أن القاضى يهمل أعماله ، الأمر الذى يرفع الحرج عنه ويضفى مزيدًا من الجلال والهيبة لمنصب القضاء .

وكذلك فمن شأن هذا النص أن يقطع علاقة السببية بين عدم التزام القاضى بمواعيد الجلسات أو غيابه عنها دون اخطار مسبق ، وبين انتظار المحامى له فترة قد تطول فيتعذر حضوره شخصيًا فى غير محكمة فى اليوم الواحد ، وبالتالى فلا ينقم المحامى على القاضى سلوكًا أو ينحى باللائمة عليه ، الأمر الذى يدعم أواصر الود والإحترام بين القاضى والمحامى بما ينعكس أثره على العمل القضائى كله ..

وأخيرًا فمن شأن هذا النص أيضًا رفع المشقة عن المتقاضين ، اذ لا جدوى من انتظارهم ساعات طويلة للحضور شخصيًا فى دعاواهم التى ستؤجل حتمًا تأجيلاً إداريًا إذا ما انعقدت جلسة برئاسة قاض منتدب أرهقه جهد يوم كامل ، فإذا ما عقدت الجلسة مبكرًا فإن ذلك يضاعف من ثقة المتقاضيين وهيبتهم للقضاء[١٦] .

رابعًا : قصر الحضور والمرافعة عن الخصوم لدى المحاكم وسائر جهات التحقيق على المحامين دون غيرهم مطلقًا :

أجاز القرار بقانون السلطة القضائية الحالى للمحكمة أن

تأذن للمتقاضين فى أن ينيبوا عنهم فى المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصًا من ذوى قرباهم إلى الدرجة الثالثة .

واذا كان توالى التشريعات الجنائية والمدنية والإدارية قد أضاف الى القوانين مئات من الجرائم وعديدًا من الأحكام والضوابط عجز عن ملاحقتها رجال القانون غير المتخصصين فى أحد فروع القانون ، ناهيك عن غير القانونيين !! ، بالإضافة إلى أن الإحصاءات[17] قد أثبتت أن معظم المتقاضيين الذين أنابوا عنهم وكلاء من غير المحامين فى الحضور والمرافعة أمام المحكمة قد خسروا دعاواهم لأسباب تخلص فى ضعف خبرة الوكيل بالإجراءات القانونية الواجبة أو عدم اكتمال درايته القانونية أو قصوره عن متابعة التشريعات الحديثة .

وقد اقتضى ذلك النظر فى أحكام المادة ١٣٢ من القانون الحالى وتعديلها بما يكفل للمتقاضين وكلاء على درجة عالية من الكفاءة القانونية توحى بالثقة للموكل وتجعل المتقاضين متعادلين - قدر الإمكان - فى خبرات وكفاءة وكلائهم ، فيكون الفوز للحق وحده[18] .

ولأن الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالى قد أجاز للقاضي الذى يحال الى مجلس التأديب أن ينيب عنه أحد رجال القضاء فى الدفاع عنه !! وتلافيا للتعارض الذى أوجدته هذه المادة مع أحكام قانون المحاماة الذى يقصر أعمال المحاماة على المحامين وحدهم وكذا المادة ١٣٢ من القرار بقانون السلطة القضائية الذى يقصر الحضور والدفاع عن الخصوم أمام المحاكم على المحامين وحدهم مع استثناء الأقارب حتى الدرجة الثالثة ورفعا للحرج الذى يسببه حضور القاضى كمدافع أمام زميله القاضى عضو مجلس التأديب فقد ارتأى المشروع المرافق تعديل الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالى بما يكفل انسحاب أحكام المادة ١٣٢ من ذات القانون « بعد تعديلها طبقًا للمشروع المرافق » التى اختصت المحامين - دون غيرهم - بالمرافعة والمدافعة عن الخصوم لدى المحاكم وسائر جهات التحقيق دون أى استثناء[19] .

خامسًا : كفالة المركز الأدبى اللائق بالمحامى فى القانون :

تواترت كتابات المؤرخين على أن المحامين على مر العصور هم الذين حملوا على عاتقهم راية الحرية والدفاع عن كرامة الشعوب وحقوقها فنالوا تكريم كل المنصفين ، فرُوى عن المصطفى ﷺ أنه قال : « من سار مع مظلوم ليثبت له حقه ، ثبت الله قدميه فى الجنة* على الصراط المستقيم يوم تزل الأقدام » ورُوى عن الأستاذ العلامة جان ده لابروبير أنه قال : « أجرؤ على القول أن المحامى فى أدائه لرسالته يشبه أولئك الرجال الذين كانوا أول من بشروا بالأديان السماوية » ، ورُوى أن الفيلسوف الفرنسى فولتير قال : « كنت أتمنى أن أكون محاميًا ، لأن المحاماة أجل مهنة فى العالم » .

ولمحو آثار الصياغة الركيكة للمادة ١٣١ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالى

التى ساوت بين المحامين والمحضريـن كأعـوان للقضاء ، واعلاءً للحقيقة التى قررها قانون المحاماة بالنص على أن المحاماة مهنة حرة تشارك السلطة القضائية فى تحقيق العدالة ، فقد اقتضى ذلك النظر فى المادة ١٣١ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالى وتعديلها بما يكفل للمحامى المركز الأدبى اللائق به قانونا .

الملاحق

أولاً

مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

يستبدل بنصوص المواد ٢٩ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥٤ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٨ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ نصوص المواد التالية :

مادة ٢٩ : تمنح النقابة الفرعية للمحامى تحت التمرين مكافأة قدرها خمسين جنيهًا شهريًا لمدة سنتين إذا واظب على التمرين بكفاية واجتهاد .

وتحصل النقابة تلك المكافأة شهريًا من المحامين وفقًا للفئات التالية :

٥٠ جنيهًا من المحامى المقبول للمرافعة أمام محكمة النقض .

٤٠ جنيهًا من المحامى المقبول للمرافعة أمام محاكم الإستئناف .

٣٠ جنيهًا من المحامى المقبول للمرافعة أمام المحاكم الإبتدائية بعد مضى خمس سنوات من قبوله أمامها .

مادة ٤٩ : إستثناء من الأحكام الخاصة بنظام الجلسات والجرائم التى تقع فيها والمنصوص عليها بقانون المرافعات والإجراءات الجنائية إذا وقع من المحامى أثناء وجوده بالمحكمة إخلال بنظام الجلسة أو أى أمر يستدعى محاسبته نقابيًا أو جنائيًا ، يأمر رئيس الجلسة بتحرير مذكرة بما حدث ويرفعها إلى النائب العام ويخطر النقابة الفرعية المختصة بذلك .

وفى هذه الحالة لا يجوز القبض على المحامى أو حبسه احتياطيًا ، ولا يجوز أن يشترك فى نظر الدعوى التأديبية أو الجنائية المرفوعة على المحامى أحد من أعضاء الهيئة التى وقع الاعتداء عليها .

مادة ٥٠ : تسرى على المحامى بشأن اتهامه والقبض عليه والتحقيق معه وحبسه احتياطيا ورفع الدعوى الجنائية عليه ومحاكمته وتنفيذ العقوبة المقيدة لحريته - ولو كانت الجريمة غير متعلقة بأعمال مهنته - كافة الأحكام التى تسرى على القاضى فى مثل هذه الحالات والمنصوص عليها بقانون السلطة القضائية .

مادة ٥٤ : يعاقب كل من تعدى على محام أو أهانه بالإشارة أو القول أو التهديد أثناء قيامه بأعمال مهنته أو بسببها بالعقوبة المقررة لمن يرتكب هذه الجريمة ضد أحد أعضاء هيئة المحكمة ، وتتبع الأحكام المقررة للجرائم التى تقع بالجلسات فى هذه الحالات .

مادة ٦٧ : لا يجوز

للمحامى أن يتخذ مكتبًا للمحاماة إلا بعد استئذان رئيس النقابة الفرعية التابع لها .

مادة ٦٨ : يحظر على المحامى أن يقبل الوكالة أو يترافع فى شكوى أو دعوى ضد زميله فى دائرة النقابة الفرعية المقيد بها .

وفى ماعدا ذلك لا يجوز قبول الوكالة أو المرافعة ضد محام قبل استئذان رئيس النيابة الفرعية التى يتبعها .

ولا يجوز مطلقًا لمحام آخر أن ينوب عن المحامى المأذون له بالمرافعة .

ويترتب حتما على مخالفة أحكام هذه المادة امتناع المحكمة عن قبول حضور المحامى أو قبول تقديم أى دفاع أو أوراق منه .

مادة ١٢١ : تعمل النقابة على تحقيق الأهداف التالية :

(أ) تنظيم مهنة المحاماة والارتقاء بها والمحافظة على تقاليدها .

(ب) العناية بكافة مصالح أعضائها وتزكية روح التعاون بينهم وضمان استقلالهم فى أداء رسالتهم .

(ج) النهوض بالمستوى العلمى لأعضائها .

(د) كفالة العدالة لكل المواطنين ونشر الوعى القانونى بينهم .

(هـ) توحيد النظم القضائية العربية وتشريعاتها وفقًا لمبادىء الشريعة الإسلامية .

(و) تأكيد رسالة القانون فى الدفاع عن الحرية والسلام وحقوق الإنسان .

مادة ١٢٢ : للنقابة فى سبيل تحقيق أهدافها المبينة بالمادة السابقة :

(أ) التعاون مع النقابات المهنية الأخرى والجمعيات القانونية العلمية المماثلة فى سائر الدول .

(ب) التعاون مع اتحادات المحامين ومنظماتها الدولية وتبادل الخبرات حول نظم القضاء والمحاماة .

(ج) اقتراح القوانين وابداء الرأى فيها والطعن عليها أمام المحكمة الدستورية العليا .

(د) تقديم التوصيات الى كافة الوزارات والهيئات والمؤسسات .

مادة ١٢٨ : للجمعية العمومية أن تعقد اجتماعات غير عادية بناء على دعوة مجلس النقابة العامة أو بناء على طلب كتابى يقدم الى النقيب من ثلث عدد أعضاء الجمعية العمومية على الأقل ويكون مصدقًا على توقيعاتهم من النقابة الفرعية المختصة ويبين فى الطلب أسبابه وجدول الأعمال المقترح ويتولى النقيب توجيه الدعوة للاجتماع خلال ثلاثين يومًا على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب .

وإذا لم يستجب النقيب لهذا الطلب قام بالدعوة أقدم المحامين الموقعين عليه ولا يكون انعقاد الجمعية العمومية صحيحًا إلا إذا حضره ربع عدد أعضائها على الأقل .

المادة الثانية

تضاف الى قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ مواد جديدة بأرقام ٥٠ مكررًا (أ) ، ٦١ مكررًا (ب) ، ٦١ مكررًا (جـ) بالنصوص التالية :

مادة ٥٠ مكررًا : لمجلس النقابة الفرعية أن يأمر بوقف المحامى احتياطيًا عن مباشرة أعمال مهنته أثناء اجراءات التحقيق أو المحاكمة إذا كان المنسوب له ارتكاب فعل مخل بالشرف .

مادة ٦١ مكررا (أ) : مع

عدم الإخلال بقانون السلطة القضائية ، لأقدم المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة الإستئناف على الأقل أن ينوب عن رئيس المحكمة الجزئية الذى يتغيب عن الجلسة لأكثر من ساعة دون عذر فى اتخاذ قرارات تأجيل كافة القضايا المنظورة .

مادة ٦١ مكررًا (ب) : للمحامين أولوية فى البدء بنظر الدعاوى أو التحقيقات التى يحضرون فيها .

مادة ٦١ مكررًا (جـ) : استثناءً من الأحكام الخاصة بعدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيتهم والمنصوص عليها بقانون المرافعات يأمر رئيس المحكمة بنقل القاضى الذى يطلب أكثر من خمسين محاميًا تنحيه عن نظر القضايا التى يحضرون فيها .

ويقع باطلاً عمل القاضى أو قضاؤه فور إخطار رئيس المحكمة بطلب التنحى المشفوع بأسبابه والموقع من المحامين . أو إيداعه بقلم كتاب المحكمة .

المادة الثالثة

تضاف فقرة ثانية الى المادة ١٤٨ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ نصها كالآتى :

ولا يكون اجتماعها صحيحًا إلا إذا حضره ثلث الأعضاء على الأقل أو مائتا عضو أيهما أقل فإذا لم يتوافر هذا العدد أجل الإجتماع أسبوعين ويكون الإجتماع الثانى صحيحًا إذا حضره مائة عضو على الأقل .

المادة الرابعة

تلغى المادتان ٤٨ ، ١٠٣ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

المادة الخامسة

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لنشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الجمهورية ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى يوليو ١٩٨٧[٢٠]..

رئيس الجمهورية

ثانيًا

مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون ١٥٠ لسنة ١٩٥٠

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

يستبدل بنص المادتين ١٢٤ ، ٣٧٧ من قانون الاجراءات الجنائية الصادر بالقانون ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ النصان التاليان :

مادة ١٢٤ : يجب أن تتم جميع اجراءات التحقيق والمحاكمة فى الجنايات والجنح المعاقب عليها وجوبيًا بالحبس فى حضور محام للمتهم .

ويترتب البطلان على منع المحامى من الحضور أو إبداء دفاعه عن المتهم فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ، بأية صورة ولأى سبب .

مادة ٣٧٧ : لا يجوز لغير المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة النقض أو محاكم

الاستئناف المرافعة أمام محاكم الجنايات .

المادة الثانية

تلغى المادتان : ٢٤٥ ، ٣٧٥ والفقرة الثالثة من المادة ٢٧٥ من قانون الاجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ .

المادة الثالثة

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره ..

يبصم هذا القانون بخاتم الجمهورية وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية في يوليو ١٩٨٧[٢١].

رئيس الجمهورية

ثالثًا

مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨

باسم الشعب
رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

يستبدل بنص المادة ٧٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ النص التالى :

فى اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين .

المادة الثانية

يستبدل بلفظى (الوكيل - الوكلاء) لفظا (المحامى - المحامون) فى المواد ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

المادة الثالثة

تلغى المادة ٨١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

المادة الرابعة

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به ابتداءً من أول ينايلا سنة ١٩٩٠ .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى أغسطس ١٩٨٩ .

رئيس الجمهورية

رابعًا

مشروع قانون بتعديل بعض أحكام القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الإدارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها

باسم الشعب
رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

يستبدل بنص المادة ١٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الإدارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها. النص التالى :

يعين فى الوظائف الفنية بالإدارات القانونية :

أولا : فى درجة محام[٢٢]: المحامون المقبولون للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية .

ثانيًا : فى درجة محام ممتاز :

(أ) المحامون الذين اشتغلوا

أمام محاكم الإستئناف مدة سنة واحدة .

(ب) المحامون المقبولون للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية الذين مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر نظيرًا لها مدة ثمانية سنوات متوالية .

ثالثًا : فى درجة مدير ادارة قانونية :

(أ) المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة سبع سبع سنوات متوالية .

(ب) المحامون المقبولون للمرافعة أمام محاكم الاستئناف الذين مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر نظيرًا لها مدة أربع عشرة سنة متوالية .

رابعًا : فى درجة مدير عام إدارة قانونية[٢٣] :

(أ) المحامون المقبولون للمرافعة أمام محكمة النقض .

(ب) المحامون المقبولون للمرافعة أمام محاكم الاستئناف الذين مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر نظيرًا لها مدة خمس عشرة سنة متوالية .

المادة الثانية

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى أغسطس ١٩٨٩ .

رئيس الجمهورية

لا أحد ينكر حرية المحاماة ، إنها حق للمحاماة ، ويجب أن تبقى من حقوقها ، إنها ليست مكسبا للمحاماة ، ولا هى ملك لها ، فإن المحاماة لا تتمتع بها من أجل المحامين ، ولكن من أجل الصالح العام ، صالح المتقاضين وصالح جميع المتقاضين .

المحامى الفرنسى شيه دى استانج

هوامش

(١) قوانين المحاماة وكافة التشريعات الأخرى التى تعالج أمورًا تخص المحاماة والمحامين .

(٢) القرارات بقوانين أسلوب تشريعى ابتدعه دستور الجمهورية الثالثة الفرنسية الصادر فى ١٨٧٥ ، ووجهت اليه انتقادات عنيفة .. للمزيد من التفصيل فى هذا الشأن راجع « دساتير فرنسا » للأستاذ : موريس دوفرجيه ، ترجمة الأستاذ أحمد حسيب عباس ، الناشر مكتبة الآداب .

(٣) تنص المادة الخامسة من قانون اصدار قرار رئيس الجمهورية بقانون السلطة القضائية على أنه : « استثناءً من أحكام المادتين ٣٨ بند ٣ ، ١١٩ من القانون المرافق يجوز تعيين الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعى أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الموجودين فى الخدمة فى نيابات الأحوال الشخصية أو الادارات التابعة للديوان العام بوزارة العدل أو بالمحاكم – فى تاريخ العمل بالقانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥ – فى وظائف معاونين أو مساعدين للنيابة العامة أو وكلاء للنائب العام (للأحوال الشخصية) ، وذلك بمراعاة مدد خدمتهم وكفايتهم » .

(٤) تنص المادة ٣٩ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « يتعين قضاة بالمحاكم الابتدائية من الهيئات الآتية :

(أ) ....

(ب) ....

(ج) ....

(د) ....

(هـ) المحامين الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف أربع سنوات متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا فعلاً لمدة تسع سنوات المحاماة أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام يصدر من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيرًا للعمل القضائى » .

ويلاحظ أن تقسيم القضاة الى فئة (أ) ، فئة (ب) قد ألغى بالقانون ١٧ لسنة ١٩٧٦ .

(٥) تنص المادة ٤١ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « متى توافرت الشروط الأخرى المبينة فى هذا القانون جاز أن يعين رأسًا :

أولاً – فى وظائف قضاة من الفئة (أ) :

« ألغى هذا البند ضمنًا بموجب القانون ١٧ لسنة ١٩٧٦ » ..

ثانيًا – فى وظائف رؤساء فئة (ب) بالمحاكم الابتدائية :

(أ) ....

(ب) ....

(ج) المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة اثنتى عشرة سنة متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيرًا للعمل القضائى مدة سبع عشرة سنة ..

(د) ....

هــوامش

(هـ) ....

ثالثًا – فى وظائف رؤساء فئة (أ) بالمحاكم الابتدائية :

(أ) ....

(ب) ....

(ج) المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة خمس عشرة سنة متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيرًا للعمل القضائى مدة عشرين سنة .

(د) ....

(هـ) ....

رابعًا – فى وظائف المستشارين بمحاكم الاستئناف :

(أ) ....

(ب) ....

(ج) المحامون الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض خمس سنوات متوالية .

(د) ....

(٦) تنص المادة ٤٣ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « يشترط فيمن يعين مستشارًا بمحكمة النقض أن يتوافر فيه أحد الشروط الآتية :

(أ) ....

(ب) ....

(ج) أن يكون من المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض مدة ثمانى سنوات متوالية » .

(٧) تنص الفقرة الثانية المادة ٦١ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « وفى حالة غياب أحد القضاة أو وجود مانع لديه يندب رئيس المحكمة من يحل محله ويراعى أن يكون الندب بطريق التناوب بين القضاة » .

(٨) تنص المادة ١٠٦ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « تكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية .

ويحكم مجلس التأديب بعد سماع طلبات النيابة العامة ودفاع القاضى المرفوعة عليه الدعوى ويكون القاضى اخر من يتكلم .

ويحضر القاضى بشخصه أمام المجلس وله أن يقدم دفاعه كتابة أو أن ينيب فى الدفاع عنه أحد رجال القضاء من غير مستشارى محكمة النقض .

وللمجلس الحكم فى غيبته بعد التحقيق من صحة اعلانه » .

(٩) تنص المادة ١٣١ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على : « أعوان القضاء

هوامش

هم المحامون والخبراء ، وأمناء السر والكتبة والمحضرون والمترجمون » .

(١٠) تنص المادة ١٣٢ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم ، وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين فى أن ينيبوا عنهم فى المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصا من ذوى قرباهم الى الدرجة الثالثة » .

(١١) بمفهوم المخالفة لنص المادة الخامسة من قانون اصدار القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية فان الاستثناء يضيق عن شمول الفئات التالية :

أ - الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعى أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين يعملون بكافة الوزارات الأخرى عدا وزارة العدل .

ب - الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعى أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين كانوا يعملون بوزارة العدل وتركوا الخدمة - لغير التقاعد - قبل ١٩٦٥/٧/٢٢ .

جـ - الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعى أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين التحقوا بالخدمة فى وزارة العدل بعد ١٩٦٥/٧/٢٢ .

د - الحاصلين على اجازة القضاء الشرعى أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين عملوا بالمحاماة .

ولا يعنى ذلك سوى أن هذه المادة قد وضعت خصيصا لأشخاص بذاتهم وأن تطبيقاتها ستكون محدودة ، وهكذا تكون القاعدة التى قررتها هذه المادة قد خالفت مبادىء القانون العام وبديهياته التى أوجبت أن تكون القاعدة القانونية عامة ومجردة بالاضافة الى اخلالها بمبدأى تكافؤ الفرص والمساواة بين الحاصلين على ذات الشهادة أمام القانون .

(١٢) راجع من فضلك قرار وزير العدل رقم ٣٠٧١ لسنة ١٩٧٩ الصادر فى ١٩٧٩/٩/٥ بشأن الشروط الواجب توافرها فيمن يعين من الباحثين الفنيين فى وظائف وكلاء النائب العام للأحوال الشخصية ، وعلى وجه الخصوص راجع الشرط الخامس الذى يتطلب ألا يقل مرتب الباحث عن بداية مربوط درجة وكيل نيابة وألا يجاوز نهاية مربوط درجة قاض ، ولست أظن أن حاصلا واحدا على اجازة القضاء الشرعى أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين كانوا متواجدين بالخدمة فى ١٩٦٥/٧/٢٣ يمكن أن ينطبق عليه هذا الشرط حاليا .

(١٤) جدير بالذكر أنه ينبغى تعديل المادة ١٣ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الادارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها بما يكفل مساواة المحامين الذين عينوا بالقضاء أو النيابة بزملائهم فى التخرج الذين عينوا فى المؤسسات والهيئات العامة .. راجع الملحق الرابع بهذا البحث .

(١٥) راجع من فضلك «مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون المحاماة ومذكرته الايضاحية» بحث للمؤلف قدم للمؤتمر الأول للمحامين الشبان المنعقد بمدينة جمصة ١٩٨٧ ، وقد تضمن ضوابط أخرى لنيابة المحامى عن القاضى فى ادارة الجلسة .

(١٦) جدير بالذكر أن قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ قد استثنى المحامين - ضمنا - من أحكام القرار بقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٦٩ فى شأن تعيين وترقية القضاة واعفاء الهيئات القضائية التى لا تجيز تعيين القضاة الا بقرار من رئيس الجمهورية ، اذ أوجب قانون المحاماة فى مادته ١٠٥ تشكيل لجنة من المحامين أعضاء

هوامش

مجلس النقابة فى دائرة كل نقابة فرعية لاصدار أوامر تقدير الأتعاب المستحقة للمحامين لدى موكليهم فى حالة حدوث خلاف ، وناط بالمحكمة الابتدائية الفصل فى استئناف أوامر هذه اللجنة ، كما أوجب قانون المحاماة فى مادته ١٠٧ اشتراك محاميين من أعضاء مجلس النقابة العامة فى مجلس تأديب المحامين ، وأوجب فى مادته ١١٦ اشتراك نقيب المحامين وعضوين من مجلس النقابة العامة فى مجلس التأديب المختص بنظر الطعون على قرارات المجلس المشار اليه سابقا ، لأن أعمال لجنة تقدير الأتعاب وأعمال مجلس التأديب بدرجتيه تعتبر من قبيل الأعمال القضائية المنوط مباشرتها بالقضاة دون غيرهم .

وأرجو أن يحاول المعترضون على مبدأ نيابة المحامى عن القاضى فى ادارة الجلسة تفسير الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية التى تجيز للقضاة القيام بأعمال المحاماة دفاعا عن زملائهم أمام مجلس التأديب ، فى ضوء الفقرة الثانية من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ التى تقصر ممارسة المحاماة على المحامين وحدهم ، والمادة ١٣٢ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢.بشأن السلطة القضائية التى تقصر الحضور والدفاع عن الخصوم أمام المحاكم على المحامين دون غيرهم مع جواز الحضور عن الأقارب حتى الدرجة الثالثة .

(١٧) احصاءات غير رسمية اجراها المؤلف فى نطاق دائرة محكمة دمنهور الابتدائية أعوام ١٩٨٥ ، ١٩٨٦ ، ١٩٨٧ على ثلاثمائة من المتقاضين .

(١٨) ولعله من حسن الطالع أن يلتقى حرص المشروع على كفالة حفظ حقوق المتقاضين من الضياع لأسباب اجرائية بحرص ذات المشروع على توسيع دائرة عمل المحامى .

(١٩) جدير بالذكر أنه ينبغى تعديل المادة ٧٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بما يكفل التنسيق بينها وبين أحكام مشروع القانون المرافق ، كما ينبغى الغاء المادة ٨١ من قانون المرافعات أيضا ، مع التوصية بادراج فقرتها الأولى فقط بقانون السلطة القضائية للملاءمة .. راجع من فضلك الملحق الثالث بهذا البحث .

(٢٠) راجع - فى شرح هذه الاقتراحات - « مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون المحاماة ومذكرته الايضاحية » بحث للمؤلف قدم للمؤتمر الأول للمحامين الشبان بجمصة ١٩٨٧ وراجع أيضا توصيات المؤتمر التى نشرت بالعدد الحادى عشر من مجلة « أخبار المحاماة » نوفمبر ١٩٨٧ .

(٢١) راجع من فضلك - فى شرح هذه الاقتراحات - « نظرات فى تعديل قانون الاجراءات الجنائية » بحث للمؤلف - مجلة المحاماة - العددان التاسع والعاشر - نوفمبر وديسمبر ١٩٨٩ - السنة التاسعة والستون .

(٢٢) يلاحظ أن القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٦ قد دمج وظائف محام رابع ومحام ثالث ومحام ثان فى وظيفة محام ، ودمج وظيفة محام أول ومحام ممتاز فى وظيفة محام ممتاز .

(٢٣) راجع من فضلك نص المادة ١٣ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٣ لتتبين مدى ركاكة صياغتها بالاضافة الى الخطأ الجسيم الذى انطوت عليه اذا اشترطت فى فقرتها السادسة للتعيين فى درجة مدير عام ادارة قانونية « القيد أمام محكمة النقض لمدة ثلاث سنوات أو القيد أمام محاكم الاستئناف وانقضاء خمس عشرة سنة على الاشتغال بالمحاماة مع القيد أمام محكمة النقض » !! ولاشك أن عبارة « مع القيد أمام محكمة النقض » الواردة بعجز تلك الفقرة قد ألحقت بها خطأ .

دراسة وجيزة فى شأن حالة الطوارئ

للاستاذ المستشار/ عثمان حسين عبدالله
نائب رئيس محكمة النقض وعضو مجلس الدولة (سابقاً)

من بين المعالم الأساسية للدستور الدائم لجمهورية مصر العربية أنه عنى عناية بالغة بتدعيم الحرية وسيادة القانون ، فمن بين أهداف الدستور الأساسية التى تضمنتها وثيقة إعلانه تحقيق الحرية لانسانية المصرى ، عن ادراك لحقيقة أن انسانية الانسان وعزته هى الشعاع الذى هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى ، وأن كرامة الفرد انعكاس طبيعى لكرامة الوطن ، ذلك أن الفرد هو حجر الأساس فى بناء الوطن ، وأنه بقيمة الفرد وبعمله وبكرامته تكون مكانة الوطن وقوته وهيبته ، كما أن سيادة القانون ليست ضمانة مطلوبة لحرية الفرد فحسب ، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت .

– وردت هذه الفقرة فى مقدمة الدستور الحالى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ وقد رددتها المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين والواردة فى قانونى العقوبات والاجراءات الجنائية، وفى قانون حالة الطوارىء رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨. وقد لوحظ على القانون المذكور رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ – أنه إذا استهدف دعم حق المواطن فى حماية حريته وحرمة حياته الخاصة، فقد كان أحد معالم حركة ١٥ مايو ١٩٧١ التى مهدت لحرب أكتوبر المجيدة .

– نقول ذلك لمناسبة قرب انتهاء المدة المحددة لسريان حالة الطوارىء ولما قد يثور فى الأذهان من تساؤل – بهذه المناسبة – عما إذا كان من الملائم الغاؤها ؟ وهو ما يدعونا إلى حديث بشأن طبيعة حالة الطوارىء، سواء فى الدستور والقانون ، وفى الاتفاقيات الدولية ، وبشأن التشريعات العادية التى يمكن أن تغنى عن استمرار حالة الطوارىء ، وما إذا كان ثمة مقتض لاعلان استمرار هذه الحالة ، وبشأن بحث مدى جدوى الطوارىء ومدى ضررها، والموازنة بين الجدوى والضرر ، كى ننتهى من ذلك إلى رأى ونصيحة . ونحن على ثقة من أن المسئولين الآن يحبون النصيحة .

١ – طبيعة حالة الطوارىء :

عرفت مصر نظام الأحكام العرفية حين أعلنتها السلطة البريطانية فى ١٩١٤ (لمناسبة الحرب العظمى ١٩١٤ – ١٩١٨)، ثم قنن هذا النظام فى دستور ١٩٢٣ والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣، وأعلنت الأحكام العرفية لمناسبة تدخل الجيش المصرى فى فلسطين سنة ١٩٤٨، ثم أعلنت الأحكام العرفية لمناسبة نشوب الحرب العالمية الثانية فى أول سبتمبر ١٩٣٩ ، ورفعت فى ١٩٤٥/١٠/٧ لمناسبة انتهاء هذه الحرب ، وأعيد تنظيم الأحكام العرفية بالقانون رقم

٥٣٣ لسنة ١٩٥٤. ولما صدر دستور يناير ١٩٥٦، استخدم المشرع الدستورى اصطلاح حالة الطوارىء بدلا من اصطلاح الأحكام العرفية ونص على حالة الطوارىء فى المادة ١٤٤ منه، ثم نظمت - فى ظل هذا الدستور - حالة الطوارىء بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ ونص عليها دستور ١٩٦٤ ثم جاء دستور سنة ١٩٧١ فأعاد النص على (حالة الطوارىء) فى المادة ١٤٨ منه. وبعد حركة التصحيح وفى ظل الدستور الجديد، أصدر المشرع القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ متضمنا ادخال تعديلات على قانون الطوارىء رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

وبذلك فإن حالة الطوارىء فى مصر منظمة حاليا بالمادة ١٤٨ من الدستور وبالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢، ويتعين للتعرف على طبيعة هذه الحالة أن نلم - ولو فى إيجاز وسرعة - بذلك التنظيم.

تنص المادة ١٤٨ من الدستور (الصادر سنة ١٩٧١) على أن (يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارىء على الوجه المبين فى القانون. ويجب عرض هذا الاعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه. وإذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له. وفى جميع الأحوال يكون اعلان حالة الطوارىء لمدة محددة، ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب).

وتقضى المادة ١ من قانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بأنه يجوز اعلان حالة الطوارىء كلما تعرض الأمن أو النظام العام للخطر بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بالحرب أو حدوث اضطرابات فى الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء. فإذا أعلنت حالة الطوارىء فإن الماة ٣ من ذلك القانون تخول رئيس الجمهورية اتخاذ تدابير للمحافظة على الأمن والنظام العام منها مراقبة الرسائل والصحف والمطبوعات وتحديد مواعيد فتح المحلات والتكليف بالأعمال والاستيلاء على المنقولات أو العقارات وسحب تراخيص الأسلحة والذخائر واخلاء الأماكن وعزلها وحصر المواصلات وتحديدها ووضع قيود على حرية الاجتماع والانتقال والاقامة والمرور، والقبض والاعتقال والتفتيش، وغير ذلك من التدابير التى يمكن اضافتها، كما أن الدعاوى الجنائية فيما يخالف تدابير الطوارىء تختص بها محاكم خاصة وهى محاكم أمن الدولة طوارىء، وللسلطة التنفيذية بشأن هذه الدعاوى سلطات خاصة منها جواز الافراج عن المتهم، وحفظ الدعوى، وتخفيف العقوبة، وجلوس عسكريين أعضاء بالمحكمة، والتصديق على الأحكام، وعدم جواز الطعن فيها.

وبمقارنة الأسباب التى من أجلها يجوز إعلان حالة الطوارىء، وهذه التدابير وهذه السلطات التى يخولها اعلانها للسلطة التنفيذية، بالأسباب والتدابير والسلطات المتعلقة بنظام الأحكام العرفية، نجد تشابها شديدا أو تماثلا، حدا بالفقه المصرى إلى القول بأن (حالة الطوارىء) هى بديل يماثل (الأحكام العرفية) فى الحقيقة وان اختلفا فى الاصطلاح.

وإذا نظرنا فى التدابير التى يخولها اعلان حالة الطوارىء

فى ضوء الأحكام العامة للدستور المصرى، نجد أنفسنا ازاء مجموعة من التدابير الاستثنائية التى لا تتفق مع الأحكام العامة المذكورة. فالمواد من ٤٠ إلى ٦٣ من الدستور الواردة تحت باب (الحريات والحقوق والواجبات العامة) تكفل الحرية الشخصية والحماية من القبض والحبس والحصانة من التفتيش والاعتقال، وحرمة المساكن، وصيانة حياة المواطنين الخاصة، وحرية الصحافة والطباعة والنشر والاعلام وحرية الاقامة، وحقوق الاجتماع وتكوين الجمعيات والنقابات.

كما أن المواد من ٦٤ الى ٧٢ من الدستور تقرر سيادة القانون واستقلال القضاء وحصانة سلطته، وعدم جواز توقيع عقوبة الا بحكم قضائى، وتؤكد ضمانات المحاكمة أمام القاضى الطبيعى (مادة ٦٨)، وخضوع الدولة للقانون، وعدم جواز إقامة الدعوى الجنائية الا بأمر من جهة قضائية، وضمانات التقاضى والطعن فى الأحكام القضائية، وعدم جواز خضوع هذه الأحكام لولاية رقابية من سلطة أخرى (المادة ١٦٥ وما بعدها).

وبمقارنة التدابير التى يخولها نظام الطوارىء بهذه الحقوق العامة والحريات والضمانات التى يكفلها الدستور، يبين بوضوح أن سلطات القبض والاعتقال والتفتيش والحبس والقيود على حرية الاجتماع، والنشر والمراسلات والاعلام، وتشكيل محاكم خاصة غير المحاكم العادية، وعدم جواز الطعن فى الأحكام التى تصدرها هذه المحاكم الخاصة (مادة ١٢ من قانون الطوارىء الحالى) وخضوع هذه الأحكام للتصديق أو الالغاء من جانب رئيس السلطة التنفيذية الذى له سلطة حفظ الدعوى، والافراج عن المتهم وتخفيف العقوبة واستبدال غيرها بها، والغاء كل أو بعض العقوبات أو وقف تنفيذها (المواد ١٠ إلى ١٥ من القانون المذكور)، مما يعتبر تغولا على السلطة القضائية واخلالا واهدارا للضمانات القضائية، هذا إلى أن امكان التوسع فى التدابير وفرض عقوبات جديدة على مخالفة أوامر الطوارىء تصل إلى عقوبة الأشغال الشاقة (المواد ٥ وما بعدها من قانون الطوارىء) مما يعتبر تغولا على السلطة التشريعية، (مشكلة الضمانات والحريات العامة فى مصر للأستاذ الدكتور سعد عصفور مجلة المحاماة مارس وابريل ١٩٧٦ ص ١٠١ وما بعدها).

كل هذه التدابير لا يمكن أن يكون المشرع الدستورى قصد بها أن تطبق لمدة أو مدد طويلة أو أن تصبح لطول الأمد الذى تسرى خلاله بمثابة الأحكام العادية المألوفة أو الأحكام التى ترقى إلى مصاف أحكام الحريات والحقوق العامة المنصوص عليها فى الباب الثالث من الدستور، ومبادىء سيادة القانون واستقلال القضاء وحصانته المنصوص عليها فى الباب الرابع من الدستور، والقول بغير ذلك يعنى أن الدستور قد قصد أن يهدر الضمانات والحريات والمبادىء المقدسة التى قررها.

ان تدابير الطوارىء المقررة بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ لا يمكن أن تقوم إلى جانب مبادىء الدستور، إلا على اعتبار أنها تدابير استثنائية موقوتة، يعمل بها لفترة محدودة وتنتهى بانتهائها، وتتعلق بحالة ضرورة شديدة طارئة، وتزول

حتما بزوال هذه الحالة التى اقتضت واستوجبت اعلان الطوارىء. ومن أجل ذلك يلزم الدستور بأن يكون أمدها محدودا.

ان حالة الطوارىء فى ظل القانون المذكور هى صنو (الأحكام العرفية) التى ورثها المشرع المصرى عن قانون الأحكام العرفية الصادر ١٩٢٣.

ومتى كانت طبيعة (حالة الطوارىء) أنها استثنائية موقوتة بأمد محدود، وانها مرهونة بالضرورة التى اقتضت اعلانها، فإن استمرار هذه الحالة واتصال فتراتها سنين طويلة هو مما لا يتفق مع طبيعتها، وهو مما يخالف مبادىء الدستور المتعلقة بالحريات والحقوق العامة، والمتعلقة بالمشروعية وسيادة القانون واستقلال القضاء، واحترام أحكامه ، وعدم جواز تدخل السلطة التنفيذية فى أعمال السلطتين التشريعية والقضائية.

وجدير بالذكر هنا أن قانون حالة الطوارىء الفرنسى (Etat d'urgence) الصادر فى ٣ ابريل ١٩٥٥ ينص على أن تعلن حالة الطوارىء بمرسوم لا يجوز أن يمتد العمل به أكثر من اثنى عشر يوما . فإذا أريد أن تجاوز المدة ذلك فلابد من صدور قانون بمد مدة العمل بحالة الطوارىء، وفى حالة استقالة الحكومة. أو حل الجمعية الوطنية بعد صدور هذا القانون، فإن القانون المذكور يصبح كأن لم يكن (نظرية الظروف الاستثنائية: سيادة القانون، حالة الضرورة، القوانين الاستثنائية، دكتور أحمد مدحت على. ص ١٢٢ وما بعدها).

وفى بريطانيا قانون الطوارىء لسنة ١٩٢٠ المعدل سنة ١٩٦٤ (Emergency Power Act,) ، ووفقا لهذا القانون لا يجوز نفاذ اعلان حالة الطوارىء لأكثر من شهر واحد. وذلك مع عدم الاخلال بإصدار اعلان طوارىء جديد خلال هذه المدة ويجب عرض قرار اعلان الطوارى على البرلمان فورا . وإذا كان مجلس البرلمان غير منعقدين فيجب دعوتهما للانعقاد خلال خمسة أيام. وإذا

(الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارىء. دراسة مقارنة فى النظام المصرى والانجلو سكسونى والعراقى. دكتور حقى اسماعيل ١٩٨١. ص ٤١ وما بعدها).

وهكذا فالمدة محدودة، فهى فى فرنسا اثنا عشر يوما، وهى فى بريطانيا شهر واحد، وكل تمديد لها يتطلب استدعاء السلطة التشريعية واصدار قانون. وبديهى أنه متى كانت المدة الأصلية أياما أو أسابيع لا تجاوز الشهر، فإنه ليس من الطبيعى أن تجدد هذه الأيام أو الأسابيع المحدودة التى ينص عليها القانون الى شهور أو سنين .

ان نظام حالة الطوارىء هو بطبيعته نظام استثنائى غير عادى، نظام يواجه طوارىء معينة بذاتها، ويزول بزوالها ، نظام للضرورة يقدر بقدرها ، زمانا ومكانا، وشأن أى نظام استثنائى طارىء غير عادى فإنه لا يصح أن يستمر من حيث الزمان ولا أن يعمم من حيث المكان، فما كان للمشرع الدستورى أن يسمح بإهدار جانب كبير من حقوق الناس وحرياتهم ومن ضمانات العدل والتقاضى، على وجه يستمر ويستطيل .

ويلاحظ أن الأحكام العرفية التى أعلنت - فى مصر - بمناسبة نشوب الحرب العالمية الثانية ، رفعت بمجرد أن وضعت الحرب أوزارها فى ١٩٤٥. وان حالة الطوارىء التى أعلنت لمناسبة العدوان الثلاثى ١٩٥٦ انهيت عند اصدار دستور ١٩٦٤. اما حالة الطوارىء المعلنة فى ٥ يونية سنة ١٩٦٧ بسبب عدوان اسرائيل ثم حرب الاستنزاف التالية لهذا العداون ، فقد انتقد الفقه أن مدة هذه الحالة استطالت - بغير مقتض - حيث لم ينته العمل بها إلا فى ١٥ مايو ١٩٨٠ رغم أن ظروف الحرب التى سوغت اعلان الطوارىء قد انتهت من قبل هذا التاريخ. وأما حالة الطوارىء الحالية فإنها قد اعلنت فى ٦ اكتوبر ١٩٨١ يوم الاعتداء على حياة الرئيس السابق وذلك لمدة سنة وظلت تمد حتى الآن.

وإذا كانت طوارىء الحرب لها ما يبرر طول مدتها فإن طوارىء السلم والاستقرار يجب أن تنتهى سريعا لتحل محلها حياة الحريات والضمانات العادية الطبيعية .

٢ - المواثيق الدولية وحالة الطوارىء :

الاتفاق أو العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية :

(International Covenant on Civil Political Rights) هذا الاتفاق - أو العهد - وثيقة دولية تتعلق بحقوق الانسان المدنية والسياسية، وقد اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٢٠٠ ألف المؤرخ ١٦ ديسمبر ١٩٦٦. وتاريخ بدء نفاذه ٢٣ مارس ١٩٧٦، وقد انضمت إلى هذه الوثيقة الدولية وصدقت عليها حتى أول سنة ١٩٨٨ سبع وثمانون دولة من بينها جمهورية مصر العربية .

وتنص المادة ٤ من هذه الوثيقة الدولية على ما يأتى :

١ - فى حالات الطوارىء الاستثنائية التى تتهدد حياة الأمة والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف فى هذا العهد أن تتخذ فى أضيق الحدود التى يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد ، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولى وعدم انطوائها على تمييز مبرره الوحيد العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعى .

٢ - ومع ذلك لا يجوز التحلل من الالتزامات التى نصت عليها المواد ....

٣ - وعلى أية دولة طرف استخدمت حق عدم التقيد أن تعلم الدول الاطراف الأخرى فورا عن طريق الأمين العام للأم المتحدة، بالأحكام التى لم تتقيد بها. وبالأسباب التى دفعتها الى ذلك . وعليها فى التاريخ الذى تنهى فيه عدم التقيد أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطرق ذاته .

- وتنص المادة ١٤ فقرة ٥ من هذه الوثيقة الدولية على أن : (لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء وفقا للقانون الى محكمة أعلى كيما تعيد النظر فى قرار ادانته وفى العقاب الذى حكم به عليه).

- هذه الوثيقة الدولية الهامة التى انضمت اليها مصر وصدقت عليها وتعهدت (ضمن ٨٧ دولة من دول العالم) بالالتزام بأحكامها

تقضي بما يلي :

أ - أن الطوارئ التي تسوغ للدولة أن تتخذ تدابير لا تتقيد بالالتزامات المتعلقة بحقوق الانسان المدنية والسياسية المقررة في هذه الوثيقة ، يجب أن تكون حالات طوارئ استثنائية، ويجب أن تكون من الخطورة بحيث تتهدد حياة الأمة .

ب - والتدابير التي يجوز اتخاذها في هذه الحالات الاستثنائية الخطيرة يجب أن تقدر بقدر الضرورة وأن تتخذ في أضيق الحدود التي تتطلبها هذه الضرورة .

جـ - وعلى الدولة أن تبلغ فورا الدول الأخرى الأطراف في هذه الوثيقة الدولية بأحكام هذه الوثيقة التي لم تتقيد بها خلال فترة الطوارئ وبالأسباب التي دفعتها الى ذلك .

د - وعليها أن تبلغ الأطراف كذلك عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة حين تنهي حالة الطوارئ .

إذن فثمة التزامات قانونية تقع على عاتق مصر نحو المجموعة الدولية ، بمقتضى هذا العهد أو هذه الوثيقة، أهمها أن تكون حالة الطوارئ في أضيق الحدود الضرورية وهي التزامات ارتضتها مصر ضمن سبع وثمانين دولة من دول العالم ، وهي التزامات أملاها حرص المجتمع الدولي - وهيئة الأمم المتحدة - وحرص مصر معها على سيادة الأحكام الدستورية والقانونية العادية ، ومبدأ المشروعية وسيادة القانون ، والقاضي الطبيعي ، وحق الطعن في الأحكام، وسائر حقوق الانسان المدنية والسياسية. (يرجى الرجوع إلى هذه الوثيقة في المجلد الأول ص ٣٢ وما بعدها من مجموعة حقوق الانسان - اعداد الدكتور محمود شريف بسيوني عميد المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية ، والدكتور محمد السعيد الدقاق استاذ القانون الدولي العام بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية، والدكتور عبد العظيم وزير أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق جامعة المنصورة، والى بحث للسفير عمران الشافعي عضو لجنة حقوق الانسان عنوان : المعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بين النظرية والتطبيق. منشور بصفحة ٩٢ من المجلد الثاني من مجموعة حقوق الانسان المذكورة - دراسات حول الوثائق).

وبتطبيق ما تقدم على الظروف الحالية في جمهورية مصر العربية نرى أنها ليست ظروفا استثنائية، وليست ظروفا تتهدد حياة الأمة، وان التدابير المقررة في قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وحتى بعد تعديله بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ، ليست تدابير ذات حدود ضيقة، وليست في أضيق الحدود مطلقا ، بل هي في الحقيقة تدابير تصل من السعة والشدة الى حد إباحة القبض والتفتيش والحبس والاعتقال بدون أمر قضائي، وتنشيء نظاما قضائيا خاصا هو محاكم أمن الدولة (طوارئ) يسلب اختصاص القاضي الطبيعي ولا يتقيد بأنظمة القضاء العادي ولا بتشكيله، بل يتدخل رئيس السلطة التنفيذية - هو أو من ينيبه أو من يقوم على شئون الطوارئ مقامه - في شئون الدعوى الجنائية والتصديق أو عدم التصديق على الأحكام الجنائية ، بل ويشرع بأوامر ادارية جرائم وعقوبات قد تصل إلى عقوبة الجناية (وهي الأشغال الشاقة المؤقتة من ٣

لى ١٥ سنة)، ويحرم لمحكوم عليه من الطعن فى أحكام الطوارىء هذه بأى طريق من طرق الطعن القانونية، وطبيعى أن مثل هذه السلطات الواسعة من شأنها أن تغرى بعض المسئولين التنفيذيين على المجاوزة والانحراف .

كما أنه إذا ساغ تبرير اعلان حالة الطوارىء أو استمرارها بقيام حالة الحرب كما حدث خلال الحرب العالمية ١٩٣٩ - ١٩٤٥، والعدوان الثلاثى ١٩٥٦، وعدوان اسرائيل يونيه ١٩٦٧ ، وحرب الإستنزاف وحرب اكتوبر ١٩٧٣، فماذا يمكن أن نقوله للمجتمع الدولى فى تبرير استمرار حالة الطوارىء - الآن - ومد مدتها سنة أو سنتين أو أكثر ، فى حين أن الأوضاع فى جمهورية مصر العربية هادئة مستقرة والحمد لله ، ولا توجد طوارىء استثنائية تتهدد حياة الأمة مما يتطلب اهدار الضمانات الدستورية أو يسوغ ذلك ؟ وهل يمكن الاحتجاج فى هذا الصدد الآن فى سنة ١٩٩٠ بأن حالة الطوارىء تمد وتستمر لأن رئيس الجمهورية السابق قد اعتدى على حياته فى سنة ١٩٨١ ؟ أى قبل اليوم بأكثر من تسع سنوات.

٣ - القوانين العادية القائمة كافية :

على أنه لا وجه لأى تخوف على الأمن أو النظام العام إذا ما انتهت حالة الطوارىء القائمة حاليا بنهاية مدتها ، ذلك بأن لدينا قوانين كثيرة سارية تكفل الحفاظ على ذلك، وهى تشريعات نافذة أيا كان الرأى فيها ، ولا حاجة معها لقانون الطوارىء، ويقوم بتطبيقها القضاء العادى دون حاجة لمحاكم أمن الدولة (طوارىء) ومن بين هذه التشريعات :

- قانون حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى.
- قانون الحماية الوحدة الوطنية.
- قانون الاحزاب السياسية.
- قانون حماية حرية الوطن والمواطن.
- قانون حماية الأموال العامة.
- قوانين التموين والتسعير الجبرى وتحديد الأرباح ولوائحها.
- قانون محاكم أمن الدولة (العادية).
- قانون حماية القيم من العيب.
- قانون الأسلحة والذخائر.
- قانون المخدرات بعد تعديله الأخير.
- قانون مراقبة النقد ولوائحه.

وذلك بالاضافة الى النصوص المستحدثة فى قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية.

إلى جانب ما تقدم نود أن نوجه النظر الى أن ثمة تشريعين قديمين ما زالا ساريين لم يلحقهما الالغاء رغم محاولات الغائهما ورغم ما وجهه اليهما الفقه المصرى من نقد، وهما :

أ - القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ (المعدل بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٩) بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالاجتماعات العامة وبالمظاهرات فى الطرق العمومية.

ب - القانون رقم ١٠ لسنة ١٩١٤ الخاص بالتجمهر.

وفى بيان تاريخ هذين القانونين وشرح أحكامهما ونقدهما، يرجى الرجوع إلى

بحث الأستاذ الدكتور سعد عصفور رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية بعنوان (مشكلة الضمانات والحريات العامة فى مصر) وهو منشور فى مجلة المحاماة سنة ٥٦ العددين الثالث والرابع (مارس/ ابريل) سنة ١٩٧٦ صفحة ١٠١ وما بعدها، والى كتاب (دور مجلس الدولة المصرى فى حماية الحقوق والحريات العامة ١٩٨٨ للدكتور فاروق عبد البر وكيل مجلس الدولة)، كما يرجى الرجوع الى بحث بعنوان (ضمانات الحريات الشخصية فى ظل القوانين الاستثنائية) للدكتور حسن صادق المرصفاوى استاذ القانون الجنائى بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية. المحاماة ١٩٧٦ ص ١٧١.

- ويكفى أن نشير إلى أهم أحكام القانونين المذكورين .

- **أما قانون الاجتماعات العامة والمظاهرات** فيوجب على كل من يريد تنظيم اجتماع عام أن يخطر بذلك المحافظة قبل الاجتماع بثلاثة أيام ويحدد موضوع الاجتماع وغرضه وزمانه ومكانه ، واللجنة المسئولة عن تنظيمه . وعلى هذه اللجنة منع أى خطاب يخالف النظام العام أو الآداب أو يشتمل على تحريض على الجرائم. وللمحافظ أو الشرطة منع أى اجتماع إذا رأوا من شأنه أن يترتب عليه اضطراب النظام أو الأمن العام ، ولمنظمى الاجتماع التظلم من أمر المنع . وأما المظاهرات والمواكب العامة فإنها إذا كان الغرض منها سياسيا تسرى عليها معظم الأحكام المنظمة للاجتماعات العامة . وللشرطة حق تفريق كل احتشاد أو تجمهر من شأنه أن يجعل الأمن العام فى خطر، ولها تأمين حرية المرور فى الطرق والميادين العامة . وثمة عقوبات للداعين والمنظمين للاجتماعات والمظاهرات والمواكب بغير اخطار أو رغم المنع ، تصل إلى الحبس ستة أشهر. بل ويعاقب المشتركون فيها رغم المنع وعلى الشروع فى الاشتراك فى اجتماعات أو مظاهرات صدر الأمر بمنعها .

وقانون التجمهر الصادر فى ١٩١٤/١٠/١٨ يعاقب على مجرد التجمهر، وهو فعل لا يعدو أن يكون من قبيل الأعمال التحضيرية التى لا عقاب عليها حسب القواعد العامة ، وفى يناير ١٩٢٨ أقر البرلمان مشروع قانون بالغائه ولكنه لم يصدر ولم ينشر . ومحكمة النقض قررت فى أحكامها أن قانون التجمهر هذا نافذ (الدائرة الجنائية ١٩٥٤ ، ١٩٦١ ، ١٩٦٣).

وازاء قيام هذه التشريعات العديدة وسريانها فإنه لا تبدو ثمة حاجة الى التدابير الاستثنائية التى يقوم عليها نظام الطوارىء. وإذا قيل إن إنتشار المخدرات، أو تجارة العملة ، أو التطرف، هى أسباب قد تبرر استمرار حالة الطوارىء، فإن المخدرات والتهريب والتطرف موجودة فى كل أقطار الدنيا ، وفى أحكام القانون العام، ومنها التشريعات السالف ذكرها، ما يكفل الوقاية والمكافحة لأى إخلال بالمصلحة العامة والنظام العام ، وذلك متى نفذت أحكامها التنفيذ الحازم العادل، وواكبتها توعية حسنة .

٤ - استمرار حالة الطوارىء ضئيل الجدوى ضار بمصالح الأمة ضار بسمعة الدولة :

طالما أن الأوضاع

لا تقتضى إعلان حالة الطوارىء ولا تقتضى استمرارها ، وقيام هذه الحالة ليس من شأنه أن يحقق اطمئنانا وعدلا واستقرارا، بل على العكس من ذلك فإن انتهاء حالة الطوارىء يعود بنظامنا إلى مبادىء المشروعية وسيادة القانون ، واحترام اختصاصات السلطة التشريعية، وصون الضمانات القضائية . وفى جو الحرية والعدل وكرامة المواطن ، وفى ظل نظام القاضى الطبيعى والاجراءات القضائية السليمة ، يقوى الانتماء، ويتحقق الاستقرار ، ويزيد الانتاج ، وتدعم التنمية ، وذلك نتيجة للمناخ الطبيعى الذى تزدهر فيه انسانية الانسان وشعوره بالعزة والكرامة ، ومن ثم ترتفع قيمة الوطن ومكانته الحقيقية وتعظم قوته وهيبته انطلاقا من كرامة المواطن ، ومشروعية السلطة، وهى المعانى التى أشارت اليها وثيقة اعلان الدستور المصرى الحالى الصادر سنة ١٩٧١، وما أجمل أن تزول وتمحى الفجوة بين المبادىء والأحكام التى قررها الدستور وبين الأنظمة التشريعية الاستثنائية السارية والتدابير الادارية التى تتخذ فى ظلها.

إن العودة الى الأنظمة التشريعية العادية - الكافية - من شأنها توفير المناخ المناسب لمواجهة المجتمع الدولى فى كافة المجالات السياسية والاقتصادية، واجتذاب الاستثمارات الكبيرة فى إطار من المصداقية الاطمئنان والفعالية، واجراء الحوار اللازم مع أوربا الموحدة اقتصاديا، وتعزيز مركز المفاوض المصرى فى التعامل - ماليا واقتصاديا وسياسيا - مع الهيئات والمنظمات والصناديق الدولية ، ومع دول الشرق ودول الغرب ، وسائر الاقطار، على السواء .

إن استمرار نظام الطوارىء المعلن منذ نحو عشر سنوات لمناسبة حادثة زالت كل آثارها ومعالمها فى حينها (وقد يقع مثلها فى أى بلد من بلاد العالم)، قد تكون دلالته أننا نريد للنظام الاستثنائى الموقوت بمدة محدودة أن يصبح هو القانون العادى ، أو أننا نرتضى ظلالا من الارتياب فى استقرار الأمن والنظام العام فى وطننا . هذا فى حين أنه لا محل لذلك كله بل على العكس فإن نظام الطوارىء الذى لا مقتضى له لا يتفق مع الممارسة الديمقراطية الحالية وحرية الصحافة والنشر الملموسة وتعدد الاحزاب على النحو الذى يحرص على تأكيده السيد رئيس الجمهورية الحالى.

انه ليست لدينا حرب، ولا ثورة مسلحة، ولا كوارث طارئه تهدد البلاد، والحمد لله ، والمجتمع الدولى من خلال مواثيقه، ينظر بكثير من الشك والريبة إلى أنظمة الطوارىء الاستثنائية فى أى دولة كانت، ويخشى من خطورتها على حقوق الانسان المدنية والسياسية.

إنه إذا كان القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ المتعلق بضمان حريات المواطنين قد وصف بأنه من مفاخر حركة ١٥ مايو ١٩٧١، فإن العهد الحالى - الذى يعتنق القيم الديمقراطية - غريب عليه استمرار حالة الطوارىء، وجدير به أن يقرر انتهاءها إلى غير رجعة إن شاء الله.

حدود مشروعية قانون العقوبات المصري في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية

السيد الاستاذ/ كمال عبد الواحد الجوهري- المحامى

مقدمة

- عندما نص دستور جمهورية مصر العربية فى مادته الثانية المعدلة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ على أن مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، كثر الجدل واحتدم النقاش حول مدلول هذا النص ونطاق سريانه ، وموقف التشريعات الوضعية المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية وحرى بالذكر أن الآراء تباينت تباينا واضحاً فى كافة المناحى السابقة وكذا أحكام المحاكم سواء المحاكم العادية أو المحكمة الدستورية العليا .

وهذا ما دفعنى إلى التفكير الجدى إلى الخوض فى هذا النقاش الدائر وإبداء الرأى فيه خاصة أننى لم أعثر على دراسة متكاملة ووافية تستوعب جوانب هذا الموضوع، وتحسم عوامل الخلاف الجوهرية فيه برأى جرىء وقاطع ، وكان هذا الدافع الأكبر لىَّ إلى بحثه بشكل متكامل وشامل يستغرق كل مجالات الخلاف وعوامله، فجعلته محور موضوع رسالتى للدكتوراه المسجلة منذ عام ١٩٨٥ بجامعة القاهرة والمعدة للطبع حاليا تحت عنوان : «القصور التشريعى وسلطة القاضى الجنائى ، دراسة مقارنة فى ضوء نص المادة الثانية من دستور ١٩٧١».

وبشىء من الايجاز الشديد حاولت أن ألقي مجرد ضوء هنا فى هذا البحث على مدى شرعية نصوص قانون العقوبات المصرى، فى حكم نص المادة الثانية من الدستور ، وبالقطع لا يسمح المجال ولا المقام للخوض فى تفصيلات قد تحتاجها طبيعة هذا الموضوع، وقد يكون لنا لقاءات أخرى على صفحات مجلتنا العريقة «مجلة المحاماة» لاستكمال جوانبه فى أعداد أخرى . ولقد رأيت أن أتناول هذا الموضوع حاليا فى مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : وجهات النظر حول مدلول نص المادة الثانية من الدستور .

المبحث الثانى : رأينا الخاص فى دلالة النص.

المبحث الثالث : حكم التشريعات المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية .

المبحث الأول

مدلول النص

(وجهات النظر التى يحتملها النص الدستورى القاضى بأن مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع)

من المفيد هنا ان نورد تقرير اللجنة الخاصة التى شكلها مجلس الشعب سنة ١٩٧٩ لبحث تعديل بعض أحكام الدستور ومن بينها حكم المادة الثانية منه ، وحيث جرى تعديلها إلى إعتبار «مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع»، وقد أعدت اللجنة التى شكلت لهذا الغرض تقريرها وقدمته إلى مجلس الشعب وفى هذا التقرير كشفت عن رأيها بشأن هذا النص، وقد جاء فى

تقريرها ما يلى :

١ - أن المادة الثانية من مشروع تعديل الدستور - فى الصيغة التى سبق أن أقرها المجلس تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الاسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد فى الشرعية حكما صريحاً (وهو

ما يكون قطعياً فى ثبوته ودلالته، ولا مجال للاجتهاد فيه)، فإن وسائل إستنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية فى الشريعة الاسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة التى لا تتعارض مع أصول الشريعة الاسلامية ومبادئها العادية .

٢ - أن المصادر الاجتهادية فى الشريعة الاسلامية نوعان : مصادر أساسية هى القرآن والسنة والاجماع والقياس (وهى تعتبر كذلك لأن جمهور فقهاء المسلمين اتفقوا على جواز الاستدلال بها) ومصادر أخرى إختلف الرأى من مذهب إلى آخر على جواز الاستدلال بها كالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف .

وللمشرع أن يعتمد على أى من هذه المصادر - سواء فى ذلك المتفق على الاستدلال بها أم المختلف عليها - لمواجهة الحوادث والنوازل، فالعرف بشرائطه الشرعية والمصالح المرسلة بشرائطها الشرعية ، مصدران مهمان للفقه الاسلامى، وهما يفتحان الباب أمام الاجتهاد فى استنباط أحكام تتفق مع الأصول والمبادىء الشرعية لمواجهة ما يجد فى المجتمع من تطورات فكرية واجتماعية وإقتصادية .

وهذه الأحكام التى يتوصل إليها المشرع إجتهادا عن طريق الاعتماد على المصادر الاجتهادية فى الشريعة الاسلامية على إختلافها - لايمكن أن تكون أحكام ثابتة دوما، إذ المتصور أن تتغير من زمان لزمان ومن مكان لمكان ، بما يحقق المقاصة العامة للشريعة الاسلامية،

على أن يكون مفهوما أن الاجتهاد وفقا لنص المادة الثانية من الدستور لا يمكن أن يكون منحصراً فيما دونه الفقهاء السابقون، فهو ليس إجتهادا مذهبيا، فمن ناحية ، فإن الحوادث والنوازل قد تجد فى المجتمع دون أن يكون لها ذكر فى مؤلفاتهم، ومن ناحية أخرى فإن هذا الحصر للشريعة الاسلامية فى إجتهادات الفقهاء السابقين أمر تأباه نصوص الشريعة الاسلامية ذاتها وروحها، فهى شريعة مرنة تواجه ما يجد فى المجتمع من أحداث من خلال إطار عام ممثلاً فى مبادىء الشريعة الاسلامية التى لا يجوز الخروج عليها وبالارتكاز على المصادر الشرعية التى تستنبط منها الأحكام لكل ما يجد فى المجتمع من أحداث وتطورات .

٣ - أن الأحكام الاجتهادية فى الشريعة الاسلامية هى غير الأحكام القطعية، فالأخيرة هى التى تكون قطعية فى ثبوتها ودلالتها (كالحدود وأنصبة الورثة فى الأموال التى يخلفها المورث) وهذه لا مجال للاجتهاد فيها ، وكل تشريع على خلافها هو نقض لها ، وإهدار لما علم من الدين بالضرورة، وهو ليس إلا تشهياً، أما الأولى فهى التى يجوز الاجتهاد فيها لأنها ظنية فى ثبوتها أو دلالتها أو هما معاً ، ومن المسلم بالنسبة إلى

الأحكام الاجتهادية أنها تتغير بتغير الزمان والمكان، مما أعطى للفقه الاسلامي مرونة وحيوية، أمكن معهما القول بأن الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

٤ –

.................»(١).

ولن نبدى مالنا من ملاحظات على ما ورد بتقرير اللجنة سالف البيان، وإنما نرجىء ذلك إلى ما بعد أن نشير إلى اتجاهات الفقه فيما يتعلق بصيغة نص المادة الثانية من الدستور ودلالته.

إتجاهات الفقه حول صيغة النص الدستوري ودلالته:(٢)

يمكن حصر هذه الاتجاهات فى ثلاثة:

الاتجاه الأول: ويرى حصر مصادر التشريع فى مبادىء الشريعة الاسلامية:

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مقتضى النص الدستورى على أن مبادىء الشرعية الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع، أن يتركز الاجتهاد وينحصر فى مبادىء الشريعة الاسلامية دون غيرها، بمعنى أن المشرع العادى يتقيد فيما يسنه من تشريعات بأن يستمدها من الشريعة الاسلامية التى تنفرد بنسبة الأحكام الوضعية إليها، وهذا بدوره يعنى أن المشرع الوضعى إذا تحلل من هذا الالتزام وأتى بتشريعات غير متفقة مع مبادىء الشريعة الاسلامية يكون قد أتى بتشريعات متناقضة مع الدستور، ويرى هذا الاتجاه فى النهاية أنه لا مجال للنطق بأن النص الدستورى قد ورد مورد الارشاد والتوجيه، كما رأى البعض وأنه لم يقصد به الالزام والوجوب.(٣) فهذا الظن ينفيه من جهة أن نصوص الدستور بطبيعتها لا تحمل هذا المحمل إلا بقرينة، كما أن عبارة النص وسياقه من جهة أخرى يقطعان الطريق على مثل هذه المحاولة(٤).

وقد ساق هذا الفريق العديد من الحجج لتأييد ما ذهب إليه، ومن هذه الحجج ما يلى:

١ – أن القول بإجازة أخذ التشريع الوضعى من أى مصدر آخر خلاف الشريعة الاسلامية يعنى تعطيل العمل بنص الدستور الذى اعتبر مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع.

٢ – أن النص على إعتبار مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع يعنى عدم جواز الرجوع إلى مصادر أخرى سواها، وقد يكون الرجوع إلى مصادر أخرى مقبولاً لو أن النص الدستورى نص على إعتبار مبادىء الشريعة الاسلامية مجرد مصدر» لا إعتبارها المصدر الرئيسى...

وإذا كان من الممكن القول بأن عبارة «المصدر الرئيسى» تعنى أن هناك مصادر أخرى للتشريع، فإن هذه المصادر لم يرد ذكرها فى الدستور وإنما ورد فى تشريعات أخرى سواء أقل مرتبة منه كالقانون المدنى، وطالما ورد فى الدستور أن الشريعة المصدر الرئيسى للتشريع الوضعى، ولم ينص فيه على مصدر آخر سواها فى مرتبتها، فإن ذلك معناه بالقطع أن الشريعة الاسلامية هى المصدر ذو المرتبة الأعلى، وتعد المصادر الأخرى التى نصت عليها قوانين أخرى عادية أقل مرتبة من الدستور كالقانون المدنى أو التجارى أو الجنائى، مصادر ذات مرتبة أدنى لا يجوز لها أن تتعارض مع

مبادىء الشريعة الاسلامية ذات المرتبة الأعلى.(٥).

– ونضيف إلى أسانيد هذه الحجة أن نص المادة الثانية من الدستور يعتبر قد ألغى جزئيا المادة الأولى من القانون المدنى فقد جعل نص المادة الثانية من الدستور مبادىء الشريعة الاسلامية تتقدم المصادر الأخرى التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى، وعلى ذلك يكون نص الفقرة الثانية كالتالى بعد التعديل :

« فإذا لم يوجد نص تشريعى وضعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ......».

٣ – أنه لا يصح القول أن المشرع الوضعى قد يحتاج إلى إستحداث أحكام من مصادر أخرى فى أمور لم يستنبط الفقه الاسلامى حكما لها لأن باب الاجتهاد فى الشريعة الاسلامية مفتوح وعن طريقه يمكن استنباط حكم الشرع فى كل ما يجد من أمور ويكون ذلك فى ضوء القواعد العامة والمبادىء الكلية للشريعة والروح التى تسيطر على أحكامها.

٤ – إذا كانت الضرورات العملية تحمل المشرع على سرعة وضع أحكام لتنظيم الأمور المستحدثة دون إنتظار أحكام المجتهدين للحكم الشرعى فيها فإن ذلك لا يعنى أن يتغاضى المشرع الوضعى عن أحكام الشريعة أو يحيد عنها(٦) بل عليه أن يضع هذه الأحكام مستلهما مبادىء الشريعة الاسلامية كأن يقيس على ما هو معلوم من أحكامها أو على الأقل يستنبط هذه الأحكام على أساس المصالح المرسلة أى ما يحقق النفع أو يدفع المفسدة عن الجماعة وبما لا يتعارض مع نص فى القرآن أو السنة(٧).

وينتهى أصحاب هذا الرأى إلى وجوب ألا يتعارض التشريع الوضعى فى مصر أو فى أى دولة اسلامية – نص دستورها على أن الشريعة الاسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع – مع مبادىء الشريعة الاسلامية وإلا جاز الطعن فى التشريع المتعارض مع تلك المبادىء بعدم الدستورية. وتستوى فى ذلك التشريعات السابقة على نفاذ النص الدستورى أو اللاحقة عليه، وكذلك سواء أكانت تشريعات أساسية أو عادية أو إستثنائية أو فرعية.(٨)

الاتجاه الثانى : النص الدستورى غير نافذ بذاته وهو مجرد توجيه إلى المشرع لحثه على إعادة النظر فى التشريعات القائمة :

وفقا لمبادىء الشريعة الاسلامية، فيجب أن تصدر التشريعات الجديدة متوافقة مع تلك المبادىء وغير متعارضة معها(٩) ويرى هذا الرأى أن الخطاب فى النص الدستورى موجه فقط إلى المشرع لا إلى الكافة ولا إلى القضاء، فهو خطاب يلفت نظر المشرع إلى وجوب إستلهام مبادىء الشريعة الاسلامية، وبهذه المثابة تكون مبادىء الشريعة الاسلامية ليس لها قوة إلزام القواعد القانونية إلا إذا تدخل المشرع وقننها، أما قبل ذلك فإنها لا تعدو أن تكون مصدراً موضوعيا للتشريع .(١٠)

وحرى بالذكر أن المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة قد إعتنقت هذا الاتجاه، فقضت فى الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ القضائية – بجلسة ٣ من ابريل سنة ١٩٨٢ – بأن الخطاب فى نص المادة الثانية من الدستور موجه إلى السلطة التشريعية لدراسة الشريعة الاسلامية دراسة شاملة

وتتولى بالتنظيم الاحكام التفصيلية مدنية كانت أم جنائية أو إقتصادية أو دولية أو غيرها.[١١]

ولذلك يذهب أنصار هذا الرأى إلى أن القاضى لا يسوغ له التحلل من تطبيق أية نصوص تشريعية بمقولة أن نص المادة الثانية من الدستور نافذ بذاته.[١٢]

فهذه النصوص ومثلها تظل قائمة ومعمول بها رغم ما قد يشوبها من خروج على أحكام الشريعة الاسلامية، وذلك إلى أن يتدخل المشرع لتغييرها وتطهيرها من عوارها، لأن إهدارها بعدم التطبيق بدعوى مخالفتها مبادىء الشريعة الاسلامية يؤدى إلى فراغ تشريعى وتباين فى القواعد القانونية المطلوب تطبيقها على الوقائع المعروضة، ولا يتصور أن المشرع الدستورى قد قصد أو أراد ذلك[١٣] .

وفى داخل هذا الاتجاه رأى فى الفقه يرى أن نص المادة الثانية من الدستور غير نافذ بذاته ويحتاج إلى تدخل المشرع ليحول مبادىء الشريعة الاسلامية - كمصدر موضوعى للتشريع - إلى مضمون تشريعى يمكن أن يلتزم به القاضى[١٤].

وفى دائرة هذا الاتجاه أيضا ذهب رأى آخر إلى حد القول أن الحكم الوارد بنص المادة الثانية من الدستور حكم تخييرى لا وجوبى، وبالتالى تكون للمشرع سلطة تقديرية فى إستلهام الأحكام من أية مصادر أخرى يراها أكثر ملاءمة لمقتضى الحال، وهو غير مقيد فى ذلك بمبادىء الشريعة الاسلامية التى لا تصلح - فى رأيه - سببا للطعن بعدم الدستورية باعتبار أن إختصاص المحكمة الدستورية العليا لا يمتد إلى رقابة مطابقة التشريعات لمصادرها الموضوعية[١٥].

الاتجاه الثالث : تسويد مبادىء الشريعة الاسلامية ومراعاة أحكام الدستور :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن نص المادة الثانية من الدستور لا يعنى تقييد المشرع بمبادىء الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر الوحيد للتشريع، ولكنه فقط يعنى أن المشرع الدستورى قدم مبادىء الشريعة وأعلاها على النصوص التشريعية التى تستنبط منها بطريق الاجتهاد والذى ينحصر نطاقه فى الأحكام الظنية (وهى غير قطعية الورود، أو الأحكام قطعية الثبوت مع ظنية دلالتها). ولا يمتد إلى الأحكام القطعية فى ثبوتها وفى دلالتها، وهو إجتهاد يتم بالاعتماد على الأدلة الشرعية المختلفة سواء المتفق عليها (كالقرآن الكريم والسنة الشريفة) أم المختلف بشأنها (كالاستحسان والعرف) وفى ذلك ما يسمح للمشرع باقتباس نظم غير معروفة فى الشريعة الاسلامية إذا أقام الدليل على إعتبارها، وكانت هناك مصلحة فى إتباعها. وذلك طالما أنها لا تتعارض مع مبادىء الشريعة الاسلامية .[١٦]

وبعد أن انتهينا من عرض الاتجاهات الثلاثة فى خصوص دلالة نص المادة الثانية من الدستور بقى أن نورد رأينا الخاص فى هذا الشأن - ونسبق ذلك ما يعن لنا من ملاحظات على تقرير لجنة مجلس الشعب الخاصة والتى شكلت بغرض تعديل بعض أحكام الدستور ومنها المادة الثانية والذى ذكرنا جزءاً منه فيما سلف، وسيكون ذلك هو موضوع المبحث التالى .

المبحث الثانى
رأينا الخاص فى دلالة نص المادة الثانية من الدستور

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

الأول : فى التعقيب على رأى اللجنة كما ورد فى تقريرها.

والثانى : فى رأينا فى الدلالة الحقيقية للنص الدستورى، وذلك على التوالى.

المطلب الأول
تعقيب على رأى لجنة مجلس الشعب الوارد فى تقريرها

بمطالعة تقرير اللجنة - ومنذ الوهلة الأولى - ندرك أنه خلط بين مفهوم أو مضمون الشريعة الاسلامية ومفهوم أو مضمون الفقه الاسلامى وبالتالى فقد أدى هذا الخلط إلى الخلط بين مصادر كل منهما ...

فالشريعة الاسلامية هى منهج الله أو هى - من قبيل التجاوز - الأحكام الشرعية الواردة فى القرآن الكريم وفى الأحاديث النبوية الشريفة الصحيحة، أما الفقه الاسلامى فهو آراء الناس وأحكامهم وفتاواهم وما إلى ذلك. ويعنى ذلك أن القرآن والسنة هما مصدرا الشريعة الاسلامية الواردة فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة - وهى فى ذلك تختلف عن الفقه الاسلامى الذى يقصد به مجموعة الأحكام التى يستنبطها الفقهاء ومبادئها العامة[(١٧)] .

ولقد أدى الخلط بين مفهوم الشريعة الاسلامية ومفهوم الفقه الاسلامى إلى أن خلط غالبية الفقه بين مصادر الأحكام الشرعية ووسائل الاستدلال على هذه الأحكام أو طرق الاستنباط من تلك المصادر وهذا الخلط جعل غالبية الفقه يطلب لفظ «مصادر» على القياس والاستدلال والاستحسان والاستصحاب .... وسموها مصادر شرعية أو أدلة شرعية، مع أن الأحكام الشرعية جميعها مصدرها الوحى برافديه : القرآن والسنة - سواء كانت منصوصا عليها أم لم ينص عليها ولكن أمكن استنباطها والتوصل إليها بالاجتهاد .

ومعنى ما سبق أن الشريعة الاسلامية لا تطلق إلا على الأحكام المشرعة بالنصوص فقط سواء كان مصدرها القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة أما آراء الفقهاء ومذاهبهم المختلفة والمتنوعة وما قرره هؤلاء من أحكام وقواعد غير منصوص عليها . وكانت ثمرة للاستنباط والاستدلال من مصدرها الأصيل (الوحى) فلا يصح أن يطلق على هذا النوع من الأحكام المستنبطة أنها شريعة إسلامية، وإنما هى مذاهب إسلامية أو قواعد فقهية، وسواء أكانت تلك الأحكام المستخلصة بالاجتهاد تأميلا لنص ظن الدلالة أو إستنباط لحكم مسألة لم يرد منها نص قطعى الثبوت.[(١٨)]

ومفاد ما سبق أنه لا يصح - فى رأينا - إطلاق لفظ «مصادر» إلا على القرآن والسنة فقط أى على النصوص الشرعية أما ما عدا ذلك فهى ليست مصادر بالمعنى الفنى الدقيق بينما هى وسائل استنباط أو إستدلال أو هى طرق للاجتهاد بقصد التوصل إلى الأحكام الشرعية من مصدرها الأصيل والوحيد وهو الوحى برافديه من القرآن والسنة .

ومفاد ما سبق أن اللجنة التى شكلها مجلس الشعب

والتى ناقشنا تقريرها بشأن تعديل المادة الثانية من الدستور قد فهمت المقصود «بمبادىء الشريعة الاسلامية» على أنه القواعد الكلية المشتركة بين مذاهب الفقه الاسلامى المختلفة ولم تقصره على مجموعة الأحكام الواردة بالكتاب والسنة فقط[١٩].

المطلب الثانى

وجهة نظرنا فى الدلالة الحقيقية لنص المادة الثانية من الدستور

فى ضوء المحاولات الشعبية السابقة على وضع النص الدستورى للمادة الثانية. وبوحى المناقشات التى دارت بشأنها والتى أسفرت عن تعديله إلى جعل «مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع» بدلاً من «مصدر رئيسى» نرى أن الدلالة الحقيقية لهذا النص تعنى :

أولاً : أن المشرع الدستورى قصد بعبارة «مبادىء الشريعة الاسلامية» مجموعة النصوص الشرعية التى وردت فى القرآن والسنة ، فتلك النصوص فقط هى التى تشكل الشريعة الاسلامية الخالدة ، أما ما عدا ذلك من إجتهادات الفقه فى سبيل التوصل للاحكام فهى لا تصل إلى مرتبة النصوص حتى ولو كانت تلك الاجتهادات بشأن نصوص غير قطعية الدلالة أو الثبوت، فهى لا تعدو أن تكون آراء فقهية فى شأن بعض المسائل وإن كانت ثمرة دراسة عميقة لكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ، فقد تأثرت تلك الفتاوى والآراء الفقهية المستنبطة بالطريقة التى يعالج بها كل مجتهد موضوعه وكذلك بأسلوب فهمه الخاص للقرآن والسنة، وكذلك بالبيئة العقلية والاجتماعية التى سادت عصره، مما يجعل هذه الفتاوى والآراء فى النهاية إنعكاسات لزمن معين أو مواجهة لحالة إجتماعية أو إقتصادية محددة[٢٠] .

والعلة فى قصر مبادىء الشريعة الاسلامية على النصوص فقط وبالتالى حصر الالزام فى دائرة هذه النصوص فقط، أن النصوص الشرعية أتت بالأحكام الكلية والمبادىء العامة فى كافة شئون ومجالات الحياة ، بمعنى أن الله سبحانه وتعالى لم يقرر إلا الأحكام الكلية، وفى الغالب الأعم لم يقرر أحكاما جزئية أو تفصيلية، وبالقطع لم يكن هذا سهوا منه أو تقصيراً - فهو سبحانه وتعالى منزه عن ذلك - وإنما ترك تلك التفصيلات لكل حسب ظروفه وما يناسبه من حيث المكان وملابسات الزمان ، ولمقابلة الحاجات المتغيرة والمتطورة وبما يتلاءم معها فى إطار تحقيق مقاصد الشريعة العامة وفى دائرة قواعدها الكلية والروح التى تسيطر عليها[٢١] .

ومعنى ذلك أن العلة فى ترك هذه المساحة التشريعية الواسعة بدون وضع قواعد أو تقرير أحكام شرعية تفصيلية من لدنه سبحانه وتعالى إنما هو تحقيق الحياة الدائمة والحيوية المستمرة للتشريع الاسلامى، وبعث القدرة فيه على مواجهة ما قد يستجد من أمور أو ما يطرأ من مسائل أو ما يلح من حاجات اجتماعية قد تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان وهذا فى ذاته مظهر من مظاهر الكمال والشمول الذى يتصف به المشرع الاعظم سبحانه وتعالى[٢٢] .

ومفاد ما سبق أيضاً أن المشرع سبحانه وتعالى لم يشأ

أن يغطي تلك المساحة التشريعية بالأحكام التفصيلية بل شاء أن يتركها شاغرة هكذا من ثمة أحكام جزئية أو تفصيلية حتى يفسح المجال أمام كل جيل وفى كل الأزمان أن يواجه ما يستجد من حاجات بما يمكنه من مقابلتها أو تحقيقها بسهولة ويسر وبدون قيود مسبقة تحد من حركته ومقاصده .

ومن هنا وجب أن تكون تلك العلة السابقة هي ذات الضابط والمرشد لنا في تفسير النصوص خاصة ما يتعلق منها بأحكام الشريعة الاسلامية مثل تحديد المقصود بتعبير «مبادىء الشريعة الاسلامية» الذى نحن بصدده . وهذا يعنى أن تلك المساحة الشاغرة والتى لم تقرر الشريعة الاسلامية أحكاماً جزئية أو تفصيلية، فإذا حدث وتم شغل تلك المساحة التشريعية الخالية بالتشريعات أو الأحكام التى تغطيها أو تشغلها فى زمن ما - فإنه لا يجوز - لذات العلة التى توخاها الشارع سبحانه وتعالى - أن نلزم بها جيل أو أجيال أخرى، بل أن ذات العلة تقتضى أن يترك سن ما يغطى تلك المساحة لظروف كل مكان أو زمان أو جيل من الأجيال. حسب إختلاف الأحوال وتباين البيئات وتقلب وتبدل وتطور ظروف المعيشة ... وإلا لو قلنا بخلاف ذلك أى لو قلنا بالزام إجتهادات وآراء الفقه فى وقت من الأوقات أو عصر من العصور على إعتبار أنها ضمن المقصود بمبادىء الشريعة الاسلامية، فإننا بذلك الالزام والتوسع فى مفهوم ومضمون مبادىء الشريعة الاسلامية، نكون قد إنحرفنا عن الحكمة الشرعية والعلة التشريعية التى من أجلها ترك الله سبحانه وتعالى تلك المساحة التشريعية - المشغولة بآراء وإجتهادات الفقه - بدون تقرير أحكام تفصيلية من لدنه سبحانه وتعالى دون أن يفصل أحكاما لها .

ثانيا : أن النص الدستورى محل البحث رتب إلتزاما على المشرع وهو ضرورة الرجوع إلى مبادىء الشريعة الاسلامية - بالمفهوم السابق - ليضمنها ما يسنه من تشريعات ، وهذا يقتضى بالضرورة أنه إذا لم يفعل ذلك وإنما لجأ إلى مصادر أخرى بحيث يأتى التشريع الوليد مخالفاً تلك المبادىء أن يكون هذا التشريع غير دستورى ، ويحق الطعن عليه بعدم الدستورية، وتفسير ذلك أن النص الدستورى قد أعلى مبادىء الشريعة الاسلامية وجعلها وحدها المصدر الرئيسى للتشريع ، ولم ينص الدستور فى صلبه على مصادر أخرى سواها ، ومن ثم كانت المصادر الأخرى - التى نصت عليها قوانين عادية كالقانون المدنى أو الجنائى أو غيرهما - مصادر ذات مرتبة أدنى لا يجوز لها أن تتعارض مع مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر ذو المرتبة الأعلى. فنصوص القوانين العادية لا يجوز أن تتعارض أو تخالف النصوص الدستورية.(٢٣) .

ويرى جانب من الفقه ذات المعنى، وإن كان يقرر أن صياغة المادة الثانية من الدستور جاءت غير موفقه من ناحية ومبهمة من ناحية أخرى - ونحن معه - فالنظام الاسلامى لا يعرف إصطلاح «مبادىء الشريعة الاسلامية» بل يعرف ما يسمى «الأصول والفروع» ويرى هذا الرأى الفقهى أن المادة الثانية من الدستور تحيل إلى هذا المفهوم الثابت من النظام القانونى الاسلامى وتقضى قواعد

الاحالة الرجوع إلى النظام ككل من حيث الشكل والموضوع والمفهوم، وكما تفسر لفظة «مصدر أساسي» أن يكون غيرها ثانوى بالنسبة لها، وفى النهاية يقرر هذا الرأى أن ذلك هو المعنى المرتبط بأصل المادة وحقيقتها كما أرادها وصاغها المشرع الدستورى، وحسب نيتـه، ويرى كذلك أن هذا التفسير لما ورد بالمادةالثانية يؤدى إلى تخبط الأوضاع وعدم التناسق والتناقض(٢٤) .

ثالثا : أن النص الدستورى سالف البيان لم يرتب الالتزام على المشرع فقط بضرورة عدم الخروج على مبادىء الشريعة الاسلامية فيما يسنه من تشريعات ووجوب أن يضمن تلك التشريعات الأحكام المستوحاه من تلك المبادىء، ولكن النص الدستورى رتب ذات الالتزام على القاضى الجنائى أيضا مثله فى ذلك مثل المشرع تماماً على إعتبار أن الشريعة الاسلامية مصدر المشروعية العليا فى البلاد(٢٥) .

ونؤيد ما نذهب إليه بحكم جرىء لمحكمة النقض بتاريخ ١٩٧٥/٦/٢٢ حيث قررت أن حجية الشيء المحكوم فيه لا تحول دون تطبيق الشريعة الاسلامية باعتبارها المشروعية الاسلامية العليا التى يؤمن بها الشعب إيمانا عاما . وبهذا الوصف فإن جميع النصوص - حتى الدستورية - تدين لهذه المشروعية العليا وتؤمن بها وتتقيد بها ولا يجوز أن تخالفها ، وتعتلى هذه المشروعية مكانة فوق النصوص، ولذلك فهى تعتبر بمثابة حتمية عليا فوق إرادة المشرع(٢٦) .

فالقاضى باعتباره المطبق للقانون، عليه عند التعارض بين القوانين، خاصة عندما يكون أحدها أعلى مرتبة - فى سلم تدرج القواعد القانونية - أن يعلى الأعلى مرتبة ويكون ذلك بتطبيقه وإهمال القانون الأدنى مرتبة، وتوجب ذلك مقتضيات المشروعية فى تطبيق القوانين والتى بدورها تقتضى أن يطبق القاضى مبادىء الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون الأساسى(٢٧) .

ومفاد ما سبق بشأن إلزام النص الدستورى للقاضى، أن الرقابة الدستورية من طبيعة عمل القاضى، لأن وظيفته الأساسية تطبيق القانون وبالتالى فمن واجبه وهو فى سبيل أدائه لوظيفته والقيام بواجبه التقيد بقوانين البلاد العادية وأيضا القانون الأساسى للدولة باعتباره أعلى القوانين فهو يعلو القوانين العادية، ومن ثم فإذا تعارض نص القانون العادى مع نص فى الدستور وجب على القاضى حالئذ الامتناع عن تطبيق القانون العادى والأخذ بحكم النص الدستورى، أو على الأقل إحالة الدعوى برمتها إلى المحكمة الدستورية العليا للبت فى أمر النص العادى المخالف للنص الدستورى. والقاضى فى أى من الحالتين لا يتجاوز حدود سلطته ولم يخرج عن دائرة واجبه، فهو لايلغى القانون العادى المخالف للدستور، وإنما هو فقط يطبق القانون الأعلى طبقا لدرجته(٢٨) .

رابعـــاً : أن النص الدستورى محل البحث نافذ بذاتـه، وبالنسبة لكافة التشريعات سواء السابقة على تاريخ نفاذه أم اللاحقة عليه، فمن المسلم به أن الشريعة الاسلامية هى مجموعة قواعد سلوك إجتماعى يتوافر لها خصائص القاعدة القانونية المتعارف عليها لدى رجال

الشريعة والقانون على السواء[٢٩] .

فالشريعة الاسلامية أتت بنصوص فى الحكم والسياسة والاقتصاد والمعاملات والعلاقات الدولية فى السلم والحرب، وعلى ذلك فإذا كان غالبية الفقه من رجال القانون يتجه إلى جعل عقيدة الالزام عنصراً من عناصر القاعدة القانونية، فإنه بلا شك ومن باب أولى يتوافر هذا العنصر فى قواعد الشريعة الاسلامية وتفسير ذلك أن مصدر أحكام الشريعة الاسلامية هو الله جل شأنه، فى حين أن مصدر أحكام القوانين الوضعية غير المستمدة من الشريعة الاسلامية هم البشر الذين يتولون وضع هذه التشريعات[٣٠] .

وعلى هدى ما سبق يمكننا تقرير أن مبادىء الشريعة الأسلامية تنطوى على قوة الالزام ذاتية وفقا للدستور، ويتعين نفاذ تلك المبادىء على الفور وبالنسبة لكافة التشريعات السابقة أو اللاحقة على نفاذ النص الدستورى وهذا يعنى أن القضاء له أن يحكم بعدم مشروعية أو دستورية القوانين التى تتعارض مع مبادىء الشريعة الاسلامية، وذلك لكونها قواعد قانونية واجبة النفاذ بذاتها فوراً.

ومفاد ما سبق وبطريقة اللزوم الفعلى أن النص الدستورى القاضى بأن مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع يكون قد نسخ من التشريعات الوضعية ما يتعارض مع مبادىء الشريعة الاسلامية[٣١] .

ويكفينا للتدليل على النفاذ الفورى لحكم النص الدستورى سواء على التشريعات السابقة على نفاذه أم تلك اللاحقة عليه أن ذلك النفاذ يعتبر تطبيقا للمبادىء الأصولية المستقرة التى لا خلاف عليها وهذه المبادىء هى :

الأول : أن المادة الثانية من الدستور تُعد من النظام العام باعتبارها واردة فى صدر الدستور خاصة بعد الاستفتاء عليها بالصياغة الجديدة، ونص هذه المادة نص آمر للمشرع الوضعى بمعنى أنه لا تجوز مخالفته، ولا تتحقق طاعة هذا النص إلا بإصدار تشريعات عادية متفقة مع مبادىء الشريعة الاسلامية من حيث المضمون والفحوى[٣٢] .

وتفسير ذلك أن القاعدة الآمرة هى تلك التى لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الحكم الذى تقرره ، وكل إتفاق على ما يخالف حكمها يعتبر باطلاً لا أثر له، ولما كانت حكمة القاعدة الآمرة تتجلى فى أنها تنظم مسألة شديدة الصلة بنظام الجماعة كوحدة لها كيانها المستقل عن كل فرد من أفرادها لذلك فإن القاعدة الآمرة تتعلق بالنظام العام باعتبارها قاعدة تمس الأسس الجوهرية للبنيان القانونى للمجتمع سواء الأسس السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الخلقية، ويتوقف فى النهاية على توافر مجموعة هذه الأسس كيان المجتمع وبقاؤه .

والفقه مستقر على المعايير السابقة باعتبارها ترسم ملامح النظام العام وتشكل فى ذات الوقت جوهره ، وهو مستقر كذلك على أن قواعد القانون العام لا سيما نصوص الدستور تعتبر متعلقة بالنظام العام ، وبالتالي فهو بحسب طبيعتها قواعد آمرة لكونها تتعلق كلها بكيان المجتمع وأسسه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وهذا مستقر تمام الاستقرار فى وجدان الفقه رغم عدم وجود تعريف محدد

لفكرة النظام العام[٣٣] .

ومفاد ما سبق أن القاعدة الدستوية باعتبارها تمس الأسس الجوهرية للبنيان القانونى للمجتمع وباعتبارها قواعد آمرة متصلة إتصالاً وثيقا بالنظام العام وباعتبارها أخيراً من قواعد القانون العام فإنه لا يجوز والوضع كذلك - وعلى نحو ما سلف بيانه - لقاعدة أدنى منها أن تأتى بحكم يخالف حكمها .

ومن هنا أمكن القول أن إرادة المشرع - وهو المعبر عن إرادة المجموع - مقيدة بجوهر النظام العام الذى يقوم على أساس بناء المجتمع وكيانه. وبصرف النظر عن الايديولوجية التى يؤمن بها المشرع الوضعى، طالما أن المشرع الدستورى قد عبر عما يريده فى صدر هذه المادة، ونص صراحة على أن «مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع.....».

وعلى هدى ما سبق جميعه فإنه لا يمكن القول بأن صياغة المادة الثانية من الدستور - على وضعها الحالى - تفيد فقط جانب العقيدة من حيث الالتزام ونطاقه، وإنما بالقطع أن المشرع الدستورى قد قصد أيضا توسيع نطاق الالزام ومده ليشمل جانب المعاملات بهدف بناء نظام قانونى كامل يقوم على مبادىء الشريعة الاسلامية ، فلو كان المشرع الدستورى ينوى قصر الالزام على جانب العقيدة فقط لأظهر ذلك فى صياغة النص ولا اقتصر على القول بأن «دين الاسلام دين الدولة» ولكنه نص فى الشق الثانى من ذات المادة على أن «..... مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع» ومعنى هذا أن المشرع الدستورى قصد وبصراحة تقييد حرية المشرع العادى فيما يسنه من تشريعات بعدم مخالفة المادة الثانية من الدستور والتى تعتبر كما قررنا أنها من قواعد النظام العام، والمادة محل البحث صريحة الصياغة فى إعلاء المشروعية الاسلامية العليا بقصد تحقيق تماسك فكرة النظام العام وعدم تمزيقها[٣٤] .

والقول بغير ذلك يؤدى إلى تجزئة فكرة النظام العام، بمعنى أن الأخذ بالرأى القائل بقصر نفاذ حكم النص الدستورى على التشريعات اللاحقة لنفاذه دون السابقة عليه، يؤدى إلى تمزيق فكرة النظام العام لكونه يسبب نوعا من الانفصام القانونى. ومن ثم كان على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بالتشريعات الخاصة بالنظام فتطبقها من تلقاء نفسها[٣٥]. ووجوب تطبيق أحكام القانون الجديد المتعلقة بالنظام العام بأثر فورى[٣٦] .

الثانى : والمبدأ الثانى الذى نؤيد به ما نذهب إليه هو أن نص المادة الثانية من الدستور قد ألقى كافة النصوص التشريعية المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية فمقتضى تعارض أحكام التشريعات العادية مع نص الدستور محل البحث هو أن النص الدستورى باعتباره النص الأعلى مرتبه والأقوى قد ألغى ضمنيا كافة النصوص المتعارضة معه[٣٧] .

الثالث : أما المبدأ الثالث الذى نبرهن به على صدق ما نذهب إليه فهو مبدأ إعمال الأثر الفورى للقوانين وهذا ما يعرف - فى لغة القانونيين - بقاعدة عدم سريان التشريع على الماضى. ومضمون هذا المبدأ أن القانون الجديد يسرى على كل ما يقع إبتداء من وقت

العمل به، إلا أنه إستثناء من مبدأ عدم الرجعية تطبق القوانين المتعلقة بالنظام العام بأثر رجعي .

وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض في العديد من أحكامها فبعد أن قررت أن القانون الجديد يطبق بأثر مباشر على الوقائع التي تقع بعد نفاذه ولا يجوز سريانه بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص، ذهبت إلى سريان أحكام القانون الجديد على العقود التي أبرمت في ظل قانون قديم متى كان ذلك القانون الجديد متعلقا بالنظام العام(٣٨) .

وخلاصة رأينا في دلالة النص الدستوري أن الالتزام بمبادىء الشريعة الاسلامية يقع على عاتق المشرع والقاضي على السواء وأيضا على كل من له علاقة بتطبيق القانون وتفسيره، فمبادىء الشريعة الاسلامية قواعد قانونية بالمعنى الدقيق ولها صفة الالزام الذاتي. ولذلك فهي واجبة التطبيق والنفاذ الذاتي دونما حاجة إلى إنتظار تقنينات تقنن هذه المبادىء في تشريع عادي، كما أن نفاذ مبادىء الشريعة الاسلامية الذاتي يجب أن يكون بالنسبة لكافة التشريعات سواء السابقة على تاريخ نفاذ النص الدستوري للمادة الثانية أو اللاحقة عليه .

المبحث الثالث

في حكم

التشريعات الوضعية المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية

انتهينا فيما سبق إلى أن المشرع والقاضي كذلك بحكم نص المادة الثانية ملتزمان بمبادىء الشريعة الاسلامية – بالمفهوم الذي حددناه – ويقتضي التزام المشرع بتلك المبادىء ألا يخالف نصوص الشريعة الاسلامية أو قواعدها الكلية ومبادئها العامة فيما يسنه من تشريعات وألا يأتي بما يتعارض معها... وإلا كان التشريع غير شرعي وغير دستوري في آن واحد ويكون حكم مثل هذا التشريع البطلان ويمتنع على القاضي الجنائي تطبيقه(٣٩) .

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

الأول : نطاق بطلان ما يخالف الشريعة الاسلامية .

والثاني : ما يترتب على بطلان التشريعات المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية. وذلك على التوالي .

المطلب الأول

نطاق بطلان التشريعات المخالفة للشريعة الاسلامية

من مقتضيات مبدأ المشروعية العليا ألا يخرج التشريع الوضعي عن مصدر هذه المشروعية وهو الوحي، فأي خروج على الأحكام الشرعية هو خرق للمشروعية، وأساس للقضاء ببطلان التشريع أو التصرف المخالف لتلك الأحكام وذلك إعمالاً لحكم نص المادة الثانية من الدستور القاضي بأن مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .

وإذا كان ما يخالف مبادىء الشريعة الاسلامية من قانون أو لائحة أو قرار بالحل بطلانا مطلقا ، إلا أن هذا البطلان لا ينصب على كافة نصوص القانون أو اللائحة أو القرار ، إنما ينصب البطلان فقط على النصوص المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية دون سواها .

ويرى رأي في الفقه الجنائي أنه طبقاً لنظرية

الشريعة الاسلامية فى البطلان أن النص الواحد قد يكون باطلاً فى بعض الحالات وغير باطل فى حالات أخرى، وبعنى بذلك أن النص التشريعي الوضعى لا يعتبر باطلاً فى كل الحالات أو بصفة مجردة . وإنما فقط هو باطل فى الحالات الواقعية التى يخالف فيها أحكام الشريعة الاسلامية فى الحالة المعروضة. ومن أمثلة ذلك[٤٠] .

ما قررته الشريعة الاسلامية من عقوبات لجريمة الزنا ، فالعقوبة تكون الرجم فى حالة زنا المحصن، وتكون الجلد فى زنا غير المحصن، والزنا شرعا هو إدخال الحشفة أو مقدارها فى الفرج، فما كان دون ذلك فلا حد فيه، وإنما يجب توقيع عقوبة التعزيز، بمعنى أن الشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسه لا يعاقب عليه بالحد وهو الرجم كما أن الفعل العام لا يعاقب عليه بعقوبة الحد إذا درىء الحد بشبهة أو كان الجاني صغيراً ، أو بمعنى آخر أن الحد يجب أن يوقع فى حالة الجريمة التامة فقط وإذا لم توجد شبهة تدرأ الحد . ومن هنا فإن التشريع الوضعى الذى يقرر عقوبة أخرى فى هذه الحالة غير عقوبة الحد يعتبر مخالفاً للشريعة الاسلامية ، أما فى حالة الجرائم التامة التى درىء فيها الحد لوجود شبهة وكذلك الجرائم غير التامة فعقوبتها التعزيز طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية، وأمر تقدير تلك العقوبة متروك للهيئات التشريعية الحاكمة من حيث نوعها ومقدارها. ومن ثم فإن العقوبات المقررة على هذا النحو تعتبر عقوبات تعازيز عن الأفعال التى لا يعاقب عليها بعقوبة الحد المقررة طبقا لأحكام الشريعة .

ويخلص هذا الرأى فى النهاية أن نصوص قانون العقوبات (الوضعى) تتسم بالبطلان فقط فى كل حالة واقعية يجب فيها توقيع عقوبة الحد، بينما تكون ذات النصوص - الوضعية - صحيحة وغير باطلة فى الحالات الأخرى التى تستوجب الجريمة توقيع عقوبة التعزيز كأن تكون الجريمة مجرد شروع أو جريمة تامة لكن يوجد شبهة دارئه لتوقيع الحد[٤١] .

والحرى بالذكر أن المرحوم الاستاذ عبد القادر عودة لا يحكم على التشريع (النص) بالبطلان أو الصحة إلا حالة تطبيقه على الحالة الواقعية لا بعد أن تصدره السلطة المختصة بالتشريع . ونحن نختلف مع الفقيه الكبير فى تفاصيل هذا الرأى وأساسه. فنرى أن القانون أو التشريع إما أن يصدر باطلاً أو صحيحا، ويستخلص ذلك الحكم من مطابقة التشريع الوليد لمبادىء الشريعة الاسلامية وما تقرره من أحكام للموضوع المشرع له، ومن ثم فإننا نرى أن البطلان يتقرر للتشريع منذ اللحظة التى يخرج فيها إلى عالم الوجود ويكتسب فيها قوة النفاذ سواء ثارت الحاجة الى تطبيقه أو لم تثر طالما ربت فيه الحياة وأصدره من له سلطة إصداره وأصبح واجب التطبيق، منذ تلك اللحظة يتقرر البطلان للتشريع المخالف لمبادىء الشريعة الاسلامية .

ومن ثم فإننا لا نوافق المرحوم الاستاذ عبد القادر عودة فيما ذهب اليه من أن النص الواجب قد يكون باطلاً فى حالة وغير باطل فى حالات أخرى حيث ذهب إلى

أنه فى حالة ما تكون العقوبة الواجبة التطبيق هى العقوبة الحدية - حسب الحالة الواقعية المعروضة - يكون النص الوضعى باطلاً لأنه يقرر عقوبة غير العقوبة الشرعية المقدرة من لدن الشارع سبحانه وتعالى ، أما فى حالة ما تستوجب الحالة الواقعية توقيع عقوبة التعزيز فإن النص الوضعى فى هذه الحالة يكون صحيحا لأنه يقرر عقوبة من قبيل العقوبات التعزيزية المتروك تحديد نوعها ومقدارها لولى الأمر ... ونحن نقرر النص الوضعى فى الحالتين هو نص غير شرعى لأنه كما سلف القول ولو نصاً باطلاً وأصدر وهو كذلك ولا يمكن القول بأنه صحيح فى بعض الحالات وباطل فى بعض الحالات الأخرى لأن نية المشرع الوضعى وغايته من المعالجة التشريعية قد إتجهت نحو عدم تضمين النص الوليد ما تقضى به مبادىء الشريعة الاسلامية من أحكام فى الموضوع الذى وضع النص له .

ومعنى ما نذهب إليه أن المشرع الوضعى قد تساوى لديه الحالات التى يجب توقيع العقوبة الحدية فيها . وتلك التى لا يجب توقيع العقوبة الحدية بشأنها وإنما توقع عقوبة التعزير. كما فى حالة الجريمة غير التامة، أو الجريمة التامة التى يتوافر فى شأنها شبهة تدرأ الحد .

والدليل على ما نقول أن النص الوضعى واجب التطبيق واحد فى الحالتين وهو الذى يوقع على واقعات الزنا جميعها - فى المثال الذى نناقشه - سواء تلك التى تستوجب توقيع عقوبة الحد - فى نظر الشريعة - أم تستدعى توقيع عقوبة تعزيرية ، وذلك ثابت للنص منذ ولادته أى منذ لحظة خروجه من ذهن المشرع وصياغته وإستكمال إجراءات إصداره ونفاذه . وبالقطع فإن هذه اللحظة سابقة على تطبيق القانون (النص) على الحالات الواقعية، وهذا يعنى بل يؤكد أن البطلان أو الصحة إنما هو حكم نخلعه على النص فور صدوره وإصداره وقابليته للنفاذ لا بعد تطبيقه أو مقارنته بالحالة الواقعية المعروضة .

ويرتب الرأى السابق - الذى نناقشه - ذات النتيجة التى توصل إليها على كافة الجرائم الحدية الأخرى ، ففى رأيه أن السرقة العادية عقوبتها القطع فى الشريعة الاسلامية وعقوبتها الحبس فى القانون الوضعى، ولكن حد القطع لا يجب الا فى حالة ما تكون الجريمة قد وقعت تامة وتوافر بشأنها شروط الحد. أما إذا كانت الجريمة غير تامة والعقوبة المقررة فى قانون العقوبات الوضعى هى عقوبة تقريرية، فتكون نصوص القانون الوضعى فى مجال جريمة السرقة باطلة فى كل حالة واقعية تكون فيها السرقة تامة حيث أن الشريعة تعاقب على الواقعة فى هذه الحالة بالقطع لا الحبس. وبينما تكون تلك النصوص الوضعية صحيحة فى كل سرقة تعاقب عليها الشريعة الاسلامية بالتعزير .

وينطلق الرأى السابق الذى ننتقده من مفترض محل نظر وهو أن القانون الوضعى يأخذ بتقسيم العقوبات إلى حدية وتعزيرية، مع أن القانون الوضعى لا يعرف هذا التقسيم، ولذلك فإننا نقرر أن النص الوضعى - فى حالة جرائم الحدود عموما - باطل بطلانا مطلقا وعاما، وليس مجرد بطلان فى حالة وعدم بطلان فى حالة أو حالات أخرى. ونقول بذلك لسبب فى

غاية الوضوح والبساطة. وهو أن الشريعة الاسلامية نظراً لأنها تعتنق هذا التقسيم أى تقسيم الجرائم إلى جرائم الحدود والقصاص وجرائم التعازير ، بل أنه تقسيم خاص بها وحدها فإن عقوبة التعزير فى انظام الاسلامى لا توقع إلا فى نوعين فقط من الجرائم أو بمعنى أصح فى حالتين فقط. الجرائم غير مقدرة العقوبة من قبل الشارع سبحانه وتعالى سواء بنص من القرآن أو نص من السنة أو الجرائم مقدرة العقوبة السابقة – وذلك فى حالتين : **الأولى** : ألا تكون الجريمة تامة **والثانية** : أن تكون الجريمة تامة ولكن توجد شبهة تدرأ الحد . ففى الحالتين لا توقع العقوبة الحدية وإنما توقع عقوبة تعزيرية.

أما بالنسبة للقانون الوضعى فإنه فى مجال تقسيم الجرائم فإنه لا يعرف التقسيم الذى إنتهجه الفقه الاسلامى. ومعنى ذلك أن الحالات الواقعية أى الجرائم الحدية التى لا توقع فيها عقوبة الحد لوجود شبهة دارئه، أو الجرائم غير التامة وإنما توقع عقوبة التعزير، معنى ذلك أن هذه الطوائف من الجرائم فى مفهوم القانون الوضعى لا توقع بشأنها عقوبة خاصة حالة درء الحد بالشبهة إذ معنى وجود شبهة أن الجريمة غير ثابتة يقينا بل يحوط الشك أدلة الاثبات المقدمة وهذا معناه القضاء بالبراءة لأن الشك يفسر لصالح المتهم وأن الأصل فى الانسان البراءة .

وهذا هو جوهر الخلاف وأساس الفرق بين الشريعة والقانون كما أنه من ناحية أخرى جوهر الخلاف بين ما نقول به وما يقول به الفقيه الاسلامى الكبير المرحوم عبد القادر عودة ، ومعناه أن الشريعة الاسلامية فى حالة درء الحد بالشبهة فى السرقة أو الزنا مثلا توقع عقوبة تعزيرية، أما فى القانون الوضعى – فى ذات الحالات – فإن درء الحد بالشبهة يعنى براءة الجانى، أو بمعنى آخر أكثر وضوحا أن العقوبة الوضعية المقررة بالنص الوضعى – طبقا للرأى السابق – لا توقع إلا فى حالة الثبوت اليقينى فقط أما فى حالة وجود شبهة فلا عقوبة .

وهذا معناه أخيراً أن كل الحالات التى لا توقع فيها العقوبة الحدية فى الشريعة الأسلامية وإنما توقع عقوبة التعزير. فى كل هذه الحالات يفسح القانون الوضعى المجال للقاضى أن يقضى بالبراءة بل يوجب عليه ذلك لعدم ثبوت التهمة ثبوتاً يقينيا أو لمجرد الشك فى ذلك ، ومن ثم أمكن القول – بل وجب – أن النص الوضعى المخالف لمبادىء الشريعة الاسلامية باطل مطلقاً، وليس فى حالة دون أخرى وذلك لعاملين هامين هما :

الأول : أن النظام الوضعى لا يعرف إلا نوع واحد من العقوبات التى يقررها أو يعرفها النظام الاسلامى، وهو عقوبات التعازير أما النظام الاسلامى فهو يختلف عنه تمام الاختلاف إذ يعرف نوعا آخر لا يعرفه القانون الوضعى ألا وهو العقوبات الحدية وعقوبته القصاص والدية، وهذا الخلاف الجوهرى أدى إلى خلافات أخرى جزئية بين أحكام النظامين الوضعى والاسلامى .

والثانى : أن أثر الشبهة فى توقيع العقوبات، يختلف إختلافا جوهريا فى أحد النظامين عن النظام الآخر، ففى النظام الاسلامى تعنى الشبهة فى توقيع الحد منع توقيعه ووجوب توقيع عقوبة أخرى تعزيرية، وهذا معناه أن

الجاني لا يفلت من العقاب مطلقاً فإذا وجدت شبهة تمنع توقيع العقوبة الحدية يجب أن توقع عقوبة من نوع آخر هي العقوبة التعزيرية .

أما في النظام الوضعي فإن وجود الشبهة يعني عدم ثبوت الجريمة ثبوتا يقينياً، أو بمعنى آخر الشك في ثبوت التهمة مما يجب معه القضاء ببراءة المتهم وإفلات الجاني نهائيا من العقاب .

المطلب الثاني

ما يترتب على بطلان التشريعات المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية

لقد حاول بعض الفقه الجنائي بحث ذلك الموضوع وانتهى إلى أن التعارض بين التشريعات القائمة ومبادىء الشريعة الاسلامية ليس تعارضا شاملا يقتضي قلب النظام القانوني كله وإستئصاله من جذوره وإحلال نظام قانوني شامل جديد محله يختلف عنه جملة وتفصيلا، وإنما التعارض القائم بوضعه الراهن في حقيقته محدود النطاق ، ويمكن تقسيم التشريعات القائمة من حيث مدى إتفاقها أو إختلافها مع أحكام الشريعة الاسلامية إلى ثلاثة أقسام :(٤٢)

الأول : وهو قسم يوافق أحكام الشريعة الاسلامية تماماً لأنه مستمد منها مباشرة، ويشمل هذا القسم مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ووقف ووصية وميراث، وهذه المسائل تنظمها تشريعات مأخوذة بأكملها من الشريعة الاسلامية ... وبالقطع فإن هذا القسم لن يكون عرضة للمراجعة والتعديل كأثر من آثار إعمال النص الثاني من الدستور، وإن جاز أن تكون تشريعات هذا القسم عرضة للتعديل لاعتبارات أخرى تتعلق بتحقيق المواءمة بين قواعده وظروف الجماعة المتغيرة وبشرط ألا يخرج المشرع عند هذا التعديل على نصوص الشريعة الاسلامية القطعية ولا يأتي بأحكام تتعارض مع قواعدها العامة وروحها التشريعية .

الثاني : أما القسم الثاني من التشريعات القائمة فهو قسم لا يخالف أحكام الشريعة الاسلامية وإن لم يكن مستمد منها، وتشريعات هذا القسم تمثل الأغلبية الساحقة من التشريعات النافذة، ومن قبيلها القانون المدني وقانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية وقانون العقوبات بوجه عام، فرغم أن هذه التشريعات لم تستمد من مبادىء الشريعة الاسلامية مباشرة إلا أنها لا تتعارض في جملتها مع أصول الشريعة الاسلامية وقواعد الكلية.

وهذه التشريعات ستبقى على حالها لأن مناط الالغاء أو التعديل هو التعارض مع مبادىء الشريعة الاسلامية وهو غير قائم أو متوافر ، ومن ثم فإن إنتماء هذه التشريعات إلى مصدر آخر خلاف الشريعة الاسلامية لا يصلح في ذاته سببا لإلغائها، أما إذا دعا الأمر إلى تعديله أو إلغاء بعض أحكامه فيكون ذلك تبعاً لظروف المجتمع وحاجاته وتلك إعتبارات موضوعية تتصل بالملاءمة، وليست إعتبارات قانونية مبناها التعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية .

والثالث : وأما القسم الثالث من التشريعات القائمة فينحصر في قلة من التشريعات القائمة وهي تلك التي تخالف بالفعل مبادىء

الشريعة الاسا[illegible] السابق تحديده، و[illegible] الأحكام التى وردت بهـ[illegible]صوص الكتاب والسنة [illegible]، وتشريعات هذا القسم لا مناص من الغائها أو تعديلها على نحو ترتفع به المخالفة القائمة حاليا ، ومن أظهر تلك التشريعات ما يتعلق منها بمعالجة جرائم الحدود والقصاص وموضوع الربا[٤٣].

وحرى بالقول أن تقسيم التشريعات على هذا النحو من حيث موافقتها أو مخالفتها مع مبادىء الشريعة الاسلامية يطرح مسألتين هامتين هما : مدى بطلان تشريعات نصوص قانون العقوبات المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية، ومدى التغيرات التى تترتب على بطلان هذه التشريعات وسوف نتناول بحث المسألتين تباعاً :

أولا : مدى ما يترتب على بطلان نصوص قانون العقوبات المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية :

يضم قانون العقوبات المصرى ما يقرب من مائة وعشرين جناية فضلاً عن الجنايات التى تضمنتها قوانين خاصة - والجنح والمخالفات - وبينما لم تحدد الشريعة الاسلامية عقوبات مقدرة إلا فى أربع جرائم فقط هى : السرقة والحرابة والزنا والقذف ويضيف بعض الفقه جريمة الردة إلى الجرائم الأربع مقدرة العقوبة، وسواء كانت الجرائم مقدرة العقوبة أربع أو خمس أو غير ذلك ، فإن الشارع سبحانه وتعالى يكون قد ترك ما عدا تلك الجرائم - التى قدر لها عقوباتها الشرعية - لتعالجه التشريعات الوضعية وفقا للمتغيرات المختلفة .

ومن ناحية أخرى فإن مجموع مواد قانون العقوبات والاجراءات الجنائية حوالى ١٠٣٢ مادة مقابل نحو ٣٠ آية فقط وردت بشأنها فى القرآن الكريم من بين آيات الأحكام البالغ عددها ٦٢٣٦ آية، ومعنى ذلك أنه لا حجر على حرية الناس فى إتخاذ ما يرونه ملائما لحياتهم - بعد هذه الأحكام المحددة - فيما لا يخالف الكتاب والسنة الصحيحة، ومن ثم فإنه يتعين التركيز عند تعديل القوانين على تلك المواد التى تخالف شريعة الله مخالفة صريحة واضحة - معلومة من الدين بالضرورة - وذلك قبل غيرها مما يجوز الاجتهاد فيه[٤٤] .

ورغم أن الرأى متفق فيما يتعلق ببطلان التشريعات الوضعية المخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية ، إلا أن الرأى قد اختلف فيما يتعلق بحدود أو نطاق ذلك البطلان والحالات التى يتقرر فيها .

فيرى اتجاه فى الفقه الاسلامى[٤٥] أنه من وجهة تطبيق النصوص الباطلة يجب على القاضى ألا يطبق النصوص القانونية الباطلة فى حالات البطلان وعليه أن يطبقها فقط فى حالات الصحة، وينطلق هذا الرأى من الأساس الذى اعتمد عليه وهو أن النص الواحد قد يكون باطلاً فى حالات وصحيحا فى حالات أخرى، ويقصد بهذا النوع من النصوص الذى قد يكون باطلاً فى حالة وصحيح فى حالة أخرى النصوص الوضعية التى وردت بشأن الجرائم التى قدرت لها الشريعة الاسلامية عقوبات بموجب نص شرعى وهى فى القدر المتيقن أربع جرائم - على نحو ما بينا - فهذه النصوص المعالجة لتلك الجرائم - فى نظر هذا الرأى - هى النصوص التى

تكون باطلة فى حالات وصحيحة فى حالات أخرى، فهى تكون باطلة فى حالة ما تكون الواقعة المعروضة تستوجب توقيع عقوبة الحد فيكون النص الوضعى باطلاً لكونه يقرر عقوبة خلاف العقوبة الحدية المقدرة بالنص الشرعى، أما فى حالة ما توجد شبهة فى توقيع الحد أو لا تكون الجريمة تامة كأن تكون مجرد شروع فقط - رفعت نظر الشريعة - فتوقع عقوبة تعزيرية والعقوبات التى تعززها القوانين الوضعية تعتبر من قبيل تلك العقوبات التعزيرية، فتكون نصوص القانون الوضعى فى تلك الحالة صحيحة باعتبارها من قبيل العقوبات التعزيرية .

وقد سبق بيان عدم صحة هذا النظر وقلنا أن المشرع الوضعى قد قصد عدم وضع نصوص تتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية، ومعنى ذلك أنه قد قصد الأخذ بنظام قانونى يختلف عن نظام الشريعة الاسلامية ويختلف عنه فى منطلقاته وأهدافه وغاياته وفوق ذلك فإن أحكام النظام الجنائى الاسلامى متكاملة فيما بينها بمعنى أن نظام الحدود والقصاص والدية يتكامل ويتناسق مع نظام التعازير من أجل تحقيق هدف النظام العقابى الاسلامى فى مجموعه . أما النظام الوضعى فهو فى عمومه لا يأخذ بالتقسيم المعروف فى النظام الاسلامى ومن هنا لا يجوز إعتبار نصوصه فى حالة دون أخرى .

وإتباع الرأى السابق يضعنا فى مأزق فيما لو قضت المحكمة الدستورية العليا ببطلان بعض النصوص لعدم دستوريتها بسبب مخالفتها مبادىء الشريعة الاسلامية مثل نص السرقة أو الزنا أو خلافهما من العقوبات المعتبرة حدية فى النظام الجنائى الاسلامى، فإذا قضى ببطلان نص من هذه النصوص فمعنى ذلك إنعدام أثره ولا يمكن أن تطبقه المحاكم على ما يعرض عليها من وقائع - وإذا كان الأمر كذلك، فهل هذا لا يعنى أن النص قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً فى كل الحالات .

وخلاصة ما سبق ومفاده فإننا نرى أن نصوص قانون العقوبات الحالية فى خصوص الجرائم المعتبرة حدية فى الشريعة الاسلامية. هى نصوص باطلة بطلانا مطلقاً كأثر لمخالفتها مبادىء الشريعة الاسلامية ويتقرر هذا البطلان إعمالاً لنص المادة الثانية من دستور ١٩٧١ القاضى بأن مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على نحو ما رأينا .

ولكن ما هى سلطة القاضى الجنائى تجاه تلك النصوص الباطلة والتى مع ذلك لم يتقرر إلغائها، بل ما زالت سارية المفعول ولم تلغ ولم تعدل ؟

نرى أنه إذا عرض نزاع أمام القاضى الجنائى محله جريمة من الجرائم الحدية - مثلا - فمعنى ذلك أنه لايوجد فى القانون الوضعى نص مطابق لحكم الشريعة فى هذه الحالة ، فإذا إفترضنا أن الحالة الواقعية المعروضة واقعة سرقة عادية تامة ، وهى جريمة حدية أى ذات عقوبة مقدرة بنص شرعى، ولا يوجد نص فى القانون الوضعى يقرر مثل هذه العقوبة وإنما العقوبة المعتدة هى عقوبة الحبس ... ويكون أمام القاضى فى مثل هذه الحالة أحد أمرين :

الأول : أن يطبق القانون ذا المرتبة الأعلى ، وهو هنا

الشريعة الاسلامية إذ من مقتضيات مبدأ المشروعية وجوب تطبيق القانون الأعلى وإهمال الأدنى عند وقوع تعارض بين القانونين.

ويقوم القاضى الجنائى بذلك لأن الرقابة الدستورية من طبيعة عمل القاضى فوظيفته الأساسية بل وواجبه فى ذات الوقت تطبيق القانون، وهو فى ذلك مقيد بقوانين البلاد سواء القوانين أو القانون الأساسى (الدستور) الذى يسمو على القوانين العادية، ومن ثم فإذا تعارض القانون العادى مع نص دستورى فى التطبيق وجب على القاضى رفع هذا التعارض ويكون ذلك بالامتناع عن تطبيق القانون العادى والأخذ بحكم النص الدستورى، والقاضى فى سلوكه هذا لا يخرج من دائرة عمله ولم يتجاوز حدود واجبه ولم يتعد نطاق سلطته، فهو لم يلغ القانون العادى المتعارض مع النص الدستورى وإنما هو فقط يطبق القانون الأعلى وفقا لدرجته وقوته الالزامية.

والثانى : وأما الأمر الثانى والذى يجوز للقاضى الجنائى أن يسلكه أن يوقف الدعوى المنظورة أمامه ويحيل الأوراق برمتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية. وهو فى ذلك يستعمل حقه المقرر قانونا بمقتضى نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ حيث نصت على أن :

«تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى :

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع - أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية».

وللقاضى أن يسلك أى السبيلين الا أنه ليس له أن يطبق النص المخالف لأحكام الشريعة الاسلامية، وكنا نود أن نحدد مواد قانون العقوبات المخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية إلا أن المجال لا يسمح هنا، وقد يكون لنا لقاء آخر بشأنها.

ثانيا : مدى التغيرات أو التعديلات الواجبة فى التشريع العقابى الحالى كأثر للبطلان :

انتهينا فيما سبق إلى أن نصوص قانون العقوبات المقابلة لما يسمى بجرائم الحدود والقصاص والدية فى الفقه الاسلامى هى فقط النصوص المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية ومن ثم فهى نصوص باطلة، والمشرع الوضعى ملزم بصياغة هذه النصوص صياغة تتوافق مع أحكام الشريعة الاسلامية وعلى أن تكون لها ذات الأحكام المقررة فيها، والقاضى أيضا ملزم بتطبيق الأحكام التى تتفق مع أحكام الشريعة فى هذا المجال. أما باقى نصوص القانون الوضعى فهى صحيحة وليست بحاجة إلى تعديل الآن إلا إذا تراءى لأولى الأمر حاجة إلى تغييرها أو تعديلها أو الاضافة إليها لمواجهة حاجات طارئة أو مقابلة مصالح جديدة.

ومفاد ذلك أن التغييرات الواجبة ترتبط إلى حد كبير وأساسى بنوع الجريمة، وما إذا كانت من جرائم الحدود

والقصاص والدية أم من جرائم التعازير[٤٦] وجرائم الحدود محدودة العدد ومقررة بنص شرعى سواء كان النص فى القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة وعقوباتها أيضا مقررة من قبل الله سبحانه وتعالى ومقدرة بالقرآن أو السنة[٤٧] .

ويذهب جمهور الفقه الجنائى الاسلامى أن هذه الجرائم ست هى الردة وشرب الخمر والسرقة والحرابة والقذف والزنا[٤٨] بينما يضيف إليها البعض جريمة البغى[٤٩] . هذا بينما يخرج البعض الآخر جريمة شرب الخمر من بين جرائم الحدود[٥٠] ويقرر هذا الرأى الأخير - بحق - أن جرائم الحدود أربع فقط وهى : السرقة والحرابة والقذف والزنا - أما الجرائم الثلاث الأخرى - فهى ليست من جرائم الحدود. وهى : البغى وشرب الخمر والردة[٥١] .

ونود أن نبين ما يجب على المشرع الوضعى أن يضمنه من يصوغه من تشريعات فى خصوص هذه الجرائم الشرعية، إذ يجب عليه أن يراعى حقائق ويلتزم بمعطيات محددة تفرض نفسها عليه عندما يقوم بصياغة نص أو نصوص بشأن جريمة من الجرائم الأربع سالفة البيان، وهنا نعطى مثالاً واحداً فقط لما يجب أن يلتزم به المشرع من حقائق ومعطيات يضمنها النصوص ومثالنا خاص بجريمة السرقة .

الحقائق والمعطيات التى تفرض نفسها على المشرع الوضعى عند صياغته لنصوص جريمة السرقة فى ضوء مبادىء الشريعة الاسلامية :

وهذه هى الحقائق والمعطيات التى إنطوت عليها مبادىء الشريعة الاسلامية على إعتبار أن هذه الحقائق والمعطيات هى المقياس الذى نقيس به مدى إتفاق أو إختلاف نصوص القانون الوضعى مع أحكام الشريعة الاسلامية .

النصوص الشرعية فى جريمة السرقة :

لم يرد فى حد السرقة سوى آية واحدة فى القرآن الكريم ، وقد ورد بشأن السرقة التامة .

وهو قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾[٥٢] ومن ثم يمكن القول أنه لم ترد نصوص شرعية فى الكتاب أو السنة مبينة لأركان جريمة السرقة، ولذا فقد إجتهد الفقه فى ذلك - على خلاف عظيم فى بعض الأمور - وكان لا مفر من الرجوع إلى آراء الفقهاء بشأن تعريف السرقة وأركانها وشروطها. وما يعتبر مستوجبا لتوقيع عقوبة الحد وما لا يعتبر مستوجباً إلا لعقوبة تعزيرية[٥٣] .

ولا يفوتنا هنا التأكيد مرة أخرى على أن محل الالتزام وحدوده بمبادىء الشريعة الاسلامية هو فقط بالاحكام التى أوردتها نصوص صريحة من الكتاب أو السنة ، أما ما عدا ذلك فهو غير ملزم فى نطاق التشريع أو القضاء، بمعنى أن المشرع أو القاضى ليس أى منهما ملزما برأى فقهى دون آخر، فأى فقيه مهما علا شأنه أو سما قدره فرأيه مجرد إجتهاد لعدم وجود نص صريح قطعى الثبوت والدلالة .

ولكن إذا كان المشرع أو القاضى غير ملزم إلا بأحكام النصوص الصريحة قطعية الثبوت والدلالة ، ومطلق الحرية فى الأخذ برى فقيه

دون فقيه ، إلا أن القيد الوحيد الذى يحكم إختياره هو ألا يتعارض الرأى الذى يأخذ به مع القواعد الكلية المقررة فى الشريعة الاسلامية ولا يتنافى مع روحها التشريعية فى تحقيق مقاصد العباد.

تعريف السرقة :

عرفها الفقه الاسلامى بأنها : «أخذ مال الغير خفية بنية تملكه»[٥٤] ويكاد يكون هذا التعريف موضع إتفاق تام بين الفقهاء، كما أنه من ناحية أخرى يتطابق مع تعريف السرقة فى النظم الجنائية الحديثة، فتعرف السرقة فى القانون المصرى بأنها :

«إختلاس مال منقول مملوك للغير» إذ يعنى لفظ الاختلاس فى اللغة القانونية الأخذ خفية أو بغير رضا صاحب المال أو بدون علمه فإذا كان الأخذ في حضور المجنى عليه ودون مغالبة فالفعل إختلاس لا سرقة والاختلاس مختلف فى عقوبته بين الفقهاء، بين قائل بأن عقوبته قطع اليد كالسرقة ومن قائل أن عقوبته تعزير يترك تقديره للسلطة المختصة فى الدولة[٥٥] .

أركان وشروط السرقة الموجبة توقيع عقوبة الحد :[٥٦]

أركان السرقة هذه أربعة :
١ - الأخذ خفية . ٢ - أن يكون المأخوذ مال . ٣ - أن يكون المال مملوكا للغير .
٤ - القصد الجنائى.

ولم تحدد نصوص الشريعة هذه الأركان أو تلك الشروط وإنما هى ثمرة إجتهاد الفقه الاسلامى، فقد قرر شروطاً - فقهية - لا تقوم جريمة السرقة بدونها. ومنها :

١ - ألا يكون للسارق شبهة ملكية فى المال المسروق .

وعلى ذلك قرر الفقه أن سرقة اموال عامة تعتبر فى عداد الأموال المملوكة للمسلمين جميعا - كأموال بيت المال وما فى حكمها - لا تسمى من الناحية الفقهية سرقة يمكن الحكم فيها بالقطع (قطع يد السارق) وذلك بسبب وجود شبهة الملكية للسارق فيما سرق .

وفى ضوء هذا الشرط - الذى تتفق عليه كل كتب الفقه - قد قرر بعض الفقه أن هذا التعريف الفقهى للسرقة لا ينطبق على حالات الاستيلاء على الأموال الحكومية وممتلكات القطاع العام والبنوك الرسمية والمرافق العامة حيث توجد شبهة الملكية بشأنها للمسلمين جميعا، ومن هنا فلا يمكن الحكم بقطع يد السارق ... بل تكون العقوبة الواجبة حينئذ فى مثل هذه الجرائم هى التعازير[٥٧].

ولكن رأيا آخر فى الفقه الاسلامى يرى أن سارق المال العام فى الحالات السابقة تقطع يده إذا ما بلغ حد النصاب، ويرى هذا الرأى أن ما للسارق من شبهة ملك فى هذا المال لا يعتبر نوعاً من الشبهة التى يدرأ بها الحد عن السارق[٥٨] .

ونحن نميل إلى هذا الرأى الأخير ونراه جديراً بالاتباع - لأن حد السرقة إذا كان مشروعا لحماية المال فإن المال العام أولى بالحماية من المال الخاص وأن الضرر الذى يسببه الاعتداء على المال العام أكبر وأخطر من الضرر الذى يسببه الاعتداء علي المال الخاص..[٥٩]

٢ - أن يكون الشيء المسروق محرزاً :

أى محفوظا فى موضع

معد لحفظه كالدار أو الدكان أو الاصطبل أو الخزانة أو نحو ذلك حسب طبيعته ونوع المال ، ففى إصطلاح الفقه الاسلامى يعرف مكان حفظ المال «بالحرز» ويقولون «حرز مثله» أى الحرز الذى يحفظ فيه المال المعين وأمثاله عادة(٦٠) .

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة وفقهاء الزيدية على إشتراط كون المال محرزاً عند سرقته، لكى تعتبر السرقة جريمة تامة يعاقب عليها بالحد المقرر شرعاً بينما خالف هذا الرأى فقهاء الظاهرية حيث نفوا إشتراط الحرز ، وعلى رأسهم الامام ابن حزم الظاهري، وذهبوا إلى أن إشتراط الحرز لم يدل عليه حديث صحيح(٦١) .

ونرى أن الصحيح هو إشتراط الحرز فى المال المسروق وذلك لصحة الاحاديث التى تقرره، فقد روى عن الرسول ﷺ قوله : لا قطع فى تمر ولا كثر»(٦٢) وقوله ﷺ حين سئل عن الثمر المعلق فقال : « ... من سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع»(٦٣) وهذا هو الأحوط لعدم التوسع فى تطبيق الحدود التى إحتاط الشارع سبحانه وتعالى فى إثباتها أعظم الاحتياط.

٣ - أن يكون المال المسروق مقوماً بما يزيد على النصاب :

والنصاب هو حد أدنى يجب ألا تقل عنه قيمة المال المسروق ، وفيه خلاف فى التقدير فى حدود معينة وفقاً لاختلاف الروايات، ويستفاد من إختلاف الروايات أن الفقهاء قصدوا منع توقيع الحد إذا كانت قيمة المال المسروق لا تستأهل توقيعها ، ولذا تتفق جميع المذاهب على أنه لا قطع فى الشيء التافه «الذى يتسامح فيه الناس عادة» وهذه متغيرة بتغير الأزمان والأمكنة وبتغير الظروف الاقتصادية فى كل مجتمع وقت إرتكاب الجريمة . ومن ثم فإن الأمثلة التى ساقها الفقه للشيء التافه ليست ذات قيمة دائمة ومطلقة وبالتالى فهى ليست ملزمة للقاضى أو لأولى الأمر بعد عصر الفقهاء الذين ذكروها(٦٤).

ومن الممكن جعل النصاب خمسين جنيها مصريا، فلا يطبق حد القطع إذا لم يبلغ المال المسروق قيمة النصاب وقدره خمسون جنيها وإلا كانت العقوبة الواجبة التعزير .

رابعا : ألا يكون مالك المال المسروق مجهولا :

وذلك لاشتراط مطالبة المجنى عليه بالمال المسروق لوجوب القطع(٦٥) .

خامساً : أن لا يكون السارق واقعاً تحت تأثير حاجة أو ظلم وهضم لحقوقه :

وقد بلغ إهتمام الفقهاء المسلمين بذلك درجة كبيرة، وخير دليل على ذلك أن سيدنا عمر بن الخطاب كان لا يعاقب السارق المحتاج، وأكثر من ذلك كان يلزم المسئول عن السارق المحتاج بتعويض صاحب المال المسروق ... وقد ورد أنه رضى الله عنه أنذر رجلاً كان غلمانه قد سرقوا من الاحتياج قائلا له «والله لئن تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك»(٦٦) .

وقد جاء فى حديث أحمد والنسائى والحاكم «وحكم من أصاب شيئا من نعمة وهو محتاج إليه؛ فلا شيء عليه»(٦٧) .

سادساً : أن تتم السرقة في الخفاء والاستتار :

ومعنى ذلك أن الاستيلاء على الأموال والممتلكات مثل السرقة التي تجرى علنا في المواصلات العامة أو الطرقات وكذلك جرائم السرقة بالقوة للأراضي والعقارات ومحتوياتها وكل جرائم السرقة التي تكون مصحوبة بالعنف أو القوة لا تعد من الناحية الفقهية سرقة. إذ لا ينطبق عليها التعريف الفقهي. ولذلك لا يكون حكمها القطع وإنما تسمى هذه الجرائم إنتهابا أو إختلاسا(٦٨) .

الحالات التى اتفق الفقه على عدم جواز إقامة حد السرقة فيها نتيجة غياب شرط أو أكثر من شروط التعريف الفقهى للسرقة.(٦٩)

نذكر من بين هذه الحالات ما يلي :

١ - إذا كان للسارق شبهة في الملك .. كشركة أو إستحقاق في وقف.

٢ - إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة أثناء العمل فيها أو أى مكان آخر مأذون للناس في دخوله ولم يكن المسروق محرزاً.

٣ - إذا كان مالك المسروق مجهولاً.

هذا بخلاف الحالات العديدة المختلف بشأنها الواردة بكتب الفقه والتي ذكروها بمناسبة تناولهم لكل شرط من شروط التعريف .

وخلاصة ما سبق أن السرقة المعاقب عليها حداً هي الجريمة التامة المتوافر بشأنها الأركان السابق بيانها، أما السرقة المعاقب عليها بالتعزير فهي نوعان(٧٠) .

الأول : ويشمل كل سرقة ذات حد لم يتوافر شروط الحد فيها، أو درىء فيها الحد لشبهة كأخذ مال الابن أو أخذ المال المشترك .

والثاني : هو أخذ مال الغير دون إستخفاء أي بعلم المجنى عليه وبدون رضاه وبدون مغالبة ، ويدخل تحت هذا النوع الاختلاس والغصب والنهب، ويطلق عليها الفقهاء لفظ «الاختلاس» بصفة عامة .

ومفاد ما سبق أن الخلاف الجوهري بين الشريعة والقانون هو في نطاق الجريمة التامة الموجبة للحد، إذ العقوبة الواجبة التطبيق في الشريعة هي قطع يد السارق (حد السرقة) أما العقوبة التي تقررها القوانين الوضعية للجريمة ذاتها فتتراوح ما بين الحبس والأشغال الشاقة المؤقتة وقد خصص القانون المصري لهذا النوع من الجرائم الباب الثامن منه تحت عنوان «السرقة والاغتصاب» وخصص لها المواد من ٣١١ إلى ٣٢٧.

أما الشروع في السرقة فأحكامه لا تختلف بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي خاصة في مجال العقوبات، فالشروع في الشريعة معاقب عليه بعقوبة التعزير لا بعقوبة الحد، ولذلك فأحكام القانون الوضعي لا تتعارض مع أحكام الشريعة بشأنه .

ومفاد ما سبق - في رأينا - أن مواد القانون الوضعي الخاصة بجريمة السرقة التامة والتي تقرر لهذه الجريمة عقوبة خلاف العقوبة الشرعية (الحد) هي مواد باطلة بطلانا مطلقاً ، لأنها تقرر عقوبة تخالف العقوبة المقدرة بنص شرعي. أما المواد الأخرى التي تعالج جريمة الشروع في السرقة . وجرائم الاختلاس والغصب والتبديد وخيانة الأمانة

والسرقة بين الأصول والفروع والزوجيه فهذه المواد الوضعية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية على إعتبار أنه لم يرد بشأنها نصوص شرعية محددة لجرائم أو مقدرة لعقوبات، بمعنى أنها تُعد من قبيل الجرائم التفويضية (التعزيرية) المتروك تنظيم أمرها لولي الأمر .

وعلى هدى ما سبق فإننا نرى أنه لو عرض نزاع على القاضي الجنائي، وكانت وقائع هذا النزاع تشكل جريمة سرقة تامة بالمفهوم الفقهي الذى حددناه وبينا شروطه، فإن أحكام القانون الوضعي يجب ألا تطبق على هذه الوقائع لأنها أحكام باطلة بطلاناً مطلقاً، ويجب على القاضي في هذه الحالة إما أن يوقف نظر الدعوى المروحة عليه ويحيل الأوراق برمتها إلى المحكمة الدستورية العليا للبت في مسألة دستورية النص الوضعي الذى يحكم الواقعة ،

وإما أن يقضي بالعقوبة الشرعية وهي قطع اليد على نحو ما سلف بيانه .

أما إذا كانت الواقعة المعروضة لا تشكل جريمة تامة، أو كانت تشكل جريمة خيانة أمانة أو إختلاس أو تبديد أو سرقة بين الأصول والفروع أو العكس .... الخ فإن نصوص قانون العقوبات تطبق على هذه الوقائع، لأنها تقرر عقوبات تُعد من قبيل العقوبات التعزيرية التي لا تتخالف مع أحكام الشريعة الاسلامية حيث لم تقرر الشريعة لهذه الجرائم عقوبات وإنما تركت أمرها لولي الأمر .

وما قلنا بشأن جريمة السرقة هو ذاته ما يقال بشأن جرائم الحدود الأخرى ومع مراعاة أحكام كل جريمة وما استقر عليه إجماع الفقه الجنائي الاسلامي من أركان وشروط بالنسبة لها، وكذلك الوضع بالنسبة لجرائم القصاص والدية وما يقابلها من نصوص قانون العقوبات الوضعي، وكنا نود أن نتناول أحكام كل جريمة من الجرائم بالتفصيل إلا أن المقام لا يسمح بذلك، وإن كنا قد فعلنا ذلك عندما تناولنا هذا الموضوع في رسالتنا للدكتوراه المعدة حاليا للمناقشة .

خير المال ما أغناك ، وخير منه ماكفاك ، وخير اخوانك من واساك ، وخير منه من كفاك شره .

«الامام على رضى الله عنه»

هوامش

(١) تراجع مضبطة الجلسة ٧٧ لمجلس الشعب، فى ٣٠ من أبريل سنة ١٩٨٠، الفصل التشريعى الثالث، دور الانعقاد العادى الأول، ص ٧٤٠٢.

(٢) راجع وقارن، فى شأن هذه الاتجاهات تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا فى القضية الدستورية رقم ٣٨ لسنة ٣ القضائية، المستشار الدكتور عوض محمد عوض المر، ٢ مايو ١٩٨٢ ص ٢٤.

(٣) راجع الدكتور عبد الحميد متولى ، الشريعة الاسلامية المصدر أساس للدستور ، الطبعة الثانية ص ١٥ حيث أشار إلى هذا الرأى .

(٤) من هذا الرأى الدكتور عوض محمد عوض، دراسات فى الفقه الجنائى الاسلامى، ص ٢٩، والدكتور، سامى جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادىء الشريعة الاسلامية، ص ١٤٨ ، والدكتور عبد الناصر العطار، تطبيق الشريعة الاسلامية فى العالم الاسلامى. ص ٦٢.

(٥) من هذا الرأى الدكتور عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٦٣ وقرب هذا الرأى الدكتور عبد الحميد متولى، المرجع السابق، ص ١٦ إذ يقرر فى هذا الشأن أنه لا فرق بين النص على أن الشريعة مصدر رئيسى أو أنها المصدر الرئيسى، فإنه طالما كان ذلك النص إنما ورد فى الدستور وطالما لم ينص فى الدستور على مصدر آخر سواها فإنه ينبنى على ذلك أن الشريعة هى وحدها المصدر الرئيسى ذو المرتبة الأعلى ....

(٦) أنظر وقارن عكس ذلك. الدكتور عبد الحميد متولى، المرجع السابق، ص ١٧.

(٧) راجع الدكتور عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٨) الدكتور عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٦٥

(٩) الدكتور صوفى أبو طالب، تطبيق الشريعة الاسلامية فى البلاد العربية الطبعة الثانية، ١٩٨٥ دار النهضة، ص ١٧.

(١٠) الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.

(١١) مجلة العلوم الادارية، السنة ٢٦ العدد الأول، يونيه ١٩٨٤ ص ٢٦٣.

(١٢) راجع حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ القضائية العدد الأول، يونية ١٩٦٤، ص ١٦٤.

(١٣) أنظر فى هذا الرأى وفى عرضه، الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق ص ٢٠.

(١٤) من هذا الرأى – الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون طبعة ١٩٧٤، ص ٢٦٢، يقول : « ..... فإن مبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر كذلك من المبادىء العامة القانون المصرى، ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون، كما تنص المادة الثانية من الدستور فى صياغة غير دقيقة، ذلك أن مبادىء الشريعة الاسلامية بحسب هذا النص ذاته لا تصبح قاعدة قانونية إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه، والمشرع مطالب بحكم هذا النص باستلهام مبادىء الشريعة الاسلامية ، ولكن هذه المبادىء لا تصبح قواعد قانونية إلا بعد أن يتم المشرع عمله فعلاً بإصدار التشريعات المستوحاة من المبادىء المذكورة» كذلك الدكتور أحمد كمال أبو المجد، موقف الدعاة وموقف ولاة الأمر وأمانة الحكم، مقالة فى جريدة الأهرام بتاريخ ٢ يولية ١٩٨٥.

(١٥) من هذا الرأى الدكتور أحمد زكى الشيتى، عدم إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفتها للشريعة الاسلامية، مقال بمجلة المحاماة. العددان الأول والثانى، السنة السادسة يناير وفبراير ١٩٨٦ ص ٤٧، ص ٤٨.

(١٦) راجع فى عرض ذلك، تقرير اللجنة الخاصة التى شكلها مجلس الشعب فى عام ١٩٧٩ لبحث تعديل بعض أحكام الدستور، سابق الاشارة إليها .

هوامش

(١٧) راجع فى هذا الرأى : الدكتور صلاح الدين الناهى، دراسات إسلامية - ٣ - نصوص قانونية وشرعية. مطبعة أسعد، بغداد طبعة ١٩٦٩، ص ١٥، أيضا المستشار محمد سعيد العشماوى، الدعوة إلى تطبيق الشريعة الاسلامية،... بحث منشور بمجموعة أبحاث المؤتمر السادس عشر للمحامين بالكويت - أبريل ١٩٨٧ الجزء الثانى ص ٢٣٤ وما بعدها .

(١٨) من هذا الرأى الفقيه ابن حزم ، المحلى، الجزء الأول ص ٦٢ ، ص ٦٣، وله أيضا الإحكام فى أصول الأحكام، الجزء الرابع، ص ٥٠٩، ص ٥٣٠، وأنظر كذلك الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ١٤. وأيضا المستشار محمد سعيد العشماوى، المرجع السابق ، ص ٢٣٥.

(١٩) ويؤيد هذا الرأى الدكتور سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ٢٦٥ فيقول : «ومن الواضح أن مبادىء الشريعة الاسلامية التى يرجع إليها القاضى هى المبادىء الكلية التى لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة، وهذه المبادىء لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية فى الشريعة الاسلامية ...».

(٢٠) فى هذا المعنى: الدكتور سامى جمال الدين ، المرجع السابق، ص ١٣١، الدكتور عوض محمد عوض المرجع السابق، ص ١٥، الشيخ محمد مصطفى شلبى ص ١٤٠ ، ص ١٤٢. ومحمد أسد ص ٣٥.

(٢١) فى ذات المعنى: الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ١٢، الدكتور سامى جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢٢) فى هذا المعنى: الأستاذ عبد القادر عودة، التشريع الجنائى الاسلامى ... الجزء الأول. ص ١٦ وأيضا الشيخ عبد الوهاب خلاف. مصادر التشريع الاسلامى فيما لا نص فيه طبعة ١٩٧٨، ص ٦ إذ يقول :- «.. أولهما : أن أحكام الفقه الاسلامى لم تقف عند الأحكام التى وردت بها النصوص التشريعية فى القرآن والسنة ولا عند الأحكام التى إستنبطها الائمة المجتهدون السابقون . بل إن لها معينا لا ينضب ومداداً لا ينفذ . وهو الطرق التى مهدها الشرع الاسلامى للاستنباط والتقنين لكل ما يحدث من الوقائع ولا نص فيه ...».

(٢٣) راجع فى هذا المعنى الدكتور عبد الحميد متولى، الشريعة الاسلامية كمصدر أساسى للدستور، المرجع السابق، ص ١٦ وما بعدها، والدكتور أحمد محمود سعد، الفوائد التأخيرية، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية. الطبعة الأولى ١٩٨٦، ص ٣١٥ .

(٢٤) راجع :

الدكتور مصطفى كمال وصفى، النظرة الحديثة للمشروعية فى القانون الادارى. مجلة مجلس الدولة عن السنوات ٢٠ - ٢٥ طبعة مؤسسة أخبار اليوم عام ١٩٧٥ ص ٧٢.

(٢٥) من هذا الرأى الدكتور سامى جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٤٨، الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق، ص ٢٦٢، الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٣١٩.

(٢٦) راجع نقض مدنى رقم ٢٥٨ بتاريخ ١٩٧٥/٦/٢٣ لسنة ٤٠ ق وتعليق الدكتور المرحوم مصطفى كمال وصفى، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.

(٢٧) راجع فى ذلك المرحوم أحمد فتحى أبو سنه، تفسير القاعدة الجنائية بحث باللغة الفرنسية بمجلة القانون الاقتصاد العدد الثانى سنة ١٩٤١ رقم ٧ صفحة ٢٤٣ وما بعدها.

- أيضا الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٠ والأحكام المشار اليها ص ٣٣٣ وما بعدها، بشأن تمسك المحاكم بالنص الدستورى فى مواجهة القوانين الوضعية تأكيداً للمشروعية العليا وإحالة إلى بعض الدعاوى المطروحة أمامها إلى المحكمة الدستورية العليا للبت فى مدى مشروعية القانون ومطابقته للدستور، وعلى سبيل المثال ما قضت به محكمة جنح بنى سويف بإحالة الدعوى برمتها للمحكمة الدستورية العليا وذلك

هوامش

تأسيسا على أن قانون العقوبات «فى مواد السرقة» تكتفى بحبس السارق مهما عظم إجرامه أو خطورته الاجرامية، أما الشريعة الاسلامية فتقضى بقطع يد السارق العائد ، ولما كان قانون العقوبات المصرى جاء خلوا من عقوبة قطع يد السارق فإن المحكمة ترفع يدها عن تطبيق نص يخالف تعاليم السماء وتحيل القضية بحالتها للمحكمة الدستورية العليا للبت في دستورية النص المخالف للشريعة الاسلامية، ولو كان الأمر بيدها لحكمت لتوها بقطع يد هذا المتهم».

– ويراجع فى ذلك تفصيليا الدكتور حسنى درويش. مقاله بعنوان «اتجاهات القضاء المصرى فى شأن تطبيق الشريعة الاسلامية» المجلة الجنائية القومية . العدد الأول عام ١٩٨٥، المجلد الرابع والعشرين ص ٨ وما بعدها.

– ولمزيد من الاستفادة فى هذا الموضوع، يراجع المستشار محمود عبد الحميد غراب، أحكام إسلامية إدانة للقوانين الوضعية. الناشر دار الاعتصام ١٩٨٦ وقد حوى أحكام عديدة ومتنوعة فى ٤٥٠ صفحة.

(٢٨) وقائد هذه الدعوة الدكتور المرحوم السيد صبرى، مبادىء القانون الدستورى، طبعة ١٩٤٩ ص ٦٤٣ وما بعدها .

(٢٩) من هذا الرأى، الدكتور سامى جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٢٤، المستشار محمود الشربينى، الشريعة الاسلامية أصل النظريات القانونية، مجلة العدالة وهى مجلة علمية تصدرها وزارة العدل والشئون الاسلامية والأوقاف بدولة الامارات العربية المتحدة السنة ٦ – أكتوبر ١٩٧٩ ، العدد ٢١ ص ١١.

(٣٠) من هذا الرأى الدكتور سامى جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٣١) من أنصار هذا الرأى فى الفقه الدكتور عبد الحميد متولى، المرجع السابق ، ص ٢١، ٢٢ والدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ٣١ إلى ص ٣٨.

(٣٢) يراجع فى القاعدة الآمرة ، الدكتور منصور مصطفى منصور ، دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية طبعة ١٩٧٠. ص ٦٥ وما بعدها الدكتور عبد الودود يحيى، دروس فى مبادىء القانون طبعة ١٩٨٢/١٩٨٣ ص ٤١ وما بعدها، الدكتور نعمان جمعه، المدخل للعلوم القانونية طبعة ١٩٧٧ ص ٥٩ وما بعدها، الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق ص ٨٦ وما بعدها .

(٣٣) يراجع فى عرض هذه الفكرة الدكتور أحمد محمود سعد. المرجع السابق ص ٣٦١.

(٣٤) فى هذا المعنى الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٣٦٤.

(٣٥) راجع نقض مدنى رقم ٢١٤ فى ١٩٧٨/٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ جـ ١ بند ٢٦٧ ص ٢٤٧.

(٣٦) نقض مدنى رقم ١٦٣٠ مجموعة الأحكام س ٣١ عام ١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠/٢/١٣ العدد الأول ص ٨١٠.

(٣٧) يراجع فى موضوع إلغاء التشريع وطرقه وأنواعه الدكتور سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص ٤١٢ وما بعدها، الدكتور عبد الحى حجازى. المدخل لدراسة العلوم القانونية ص ٣٩٠ وما بعدها، وكافة المراجع العامة .

(٣٨) طلب رقم ٥ لسنة ٤٧ ق، رجال قضاء جلسة ١٩٧٨/٥/٤ مجموعة الأحكام س ٢٩ ص ٣٤ ونقض مدنى جلسة ١٩٧٨/١/١١ طعن رقم ٤٧ لسنة ٤٤ ق مجموعة الأحكام س ٢٩ عام ١٩٧٨ جـ ١ ص ١٥٩، طعن رقم ٩٣١ لسنة ٤٥ ق جلسة ٧٩/٥/٥ مجموعة الأحكام س ٣٠ عام ١٩٧٩ ص ٢٨٠.

(٣٩) فى المعنى الاستاذ المرحوم عبد القادر عودة. المرجع السابق، الجزء الأول ص ٢٢٤، ٢٢٥ إذ يقول : « ... وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والأوامر لأمكننا أن نقول على وجه القطع أن

هوامش

التشريعات الوضعية على إختلاف أسمائها تكون باطلة بطلانا مطلقا، كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الاسلامية أو خارجة على مبادئها العامة، أمبانية لروح التشريع الاسلامي..»

– وفي الأدلة على هذا البطلان. يراجع. عبد القادر عودة ، المرجع السابق، ص ٢٢٥ وما بعدها، وأيضا الدكتور علي محمد جريشة، المشروعية الاسلامية العليا، ص ٢٨ وما بعدها.

(٤٠) الاستاذ المرحوم عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٤١) الاستاذ المرحوم عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(٤٢) يراجع في ذلك الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٤٣) في تفاصيل ذلك راجع :

الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ٢٥، كذلك المستشار السيد عبد العزيز هندى، أضواء على تقنين الشريعة الاسلامية ، الكتاب الأول، الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، دار النهضة للطباعة والنشر. ص ٢٩٠.

(٤٤) يراجع : المستشار السيد عبد العزيز هندى، المرجع السابق، ص ٢٩٣، المستشار محمد سعيد العشماوى المرجع السابق، ص ٢٤٣ وما بعدها حيث يقول : أنه ورد في القرآن الكريم النص على أربعة عقوبات حدية هي : حد السرقة (وهو قطع اليد)، وحد القذف (وهو الجلد ثمانية جلدة)، وحد الزنا (وهو الجلد مائة جلدة – سورة النور ٢٤ : ٢) وحد الحرابة (وهو القتل أو الصلب أو النفي من الأرض أو السجن) أما حد الردة فقد ورد في حديثين للنبي ﷺ – وعقوبة شرب الخمر هي عقوبة تعزيرية لأنها لم ترد في القرآن أو السنة النبوية وإنما استخرجها علي بن أبي طالب قياساً علي حد القذف، المرجع السابق ص ٢٤٤.

(٤٥) الاستاذ عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(٤٦) الاستاذ عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٤٧) أنظر : تبيين الحقائق للزيلعي، وشرح كنز الحقائق للزيلعى جـ٣ ، وكذلك راجع : الاستاذ عبد القادر عودة، السابق، ص ٧٨ وما بعدها، الدكتور محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائى الاسلامى، ص ١٢٥ وما بعدها، الدكتور أحمد فتحى بهنسى، شرح وتعليق على رسالة المرحوم الشيخ محمود شلتوت في المسئولية الجنائية. ص ٥٠ الامام محمد أبو زهرة، الجريمة ص ٩٣.

(٤٨) الامام محمد أبو زهره، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامى، العقوبة ص ٨٤.

(٤٩) الاستاذ عبد القادر عودة، السابق، ص ٧٩ – الدكتور عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الاسلامية ص ١٣ .

(٥٠) الدكتور محمد سليم العوا، السابق ص ١٢٧.

(٥١) الدكتور محمد سليم العوا، السابق ص ١٢٦، وما بعدها، المستشار محمد سعيد العشماوى، البحث السابق، ص ٢٤٣ وما بعدها .

(٥٢) سورة المائدة – ٣.

(٥٣) أنظر في تفاصيل ذلك :

الاستاذ عبد القادر عودة، المرجع السابق، جـ ٢ ص ٥١٤ وما بعدها، والدكتور محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص ١٧٢ وما بعدها.

هوامش

(٥٤) الكاسانى، بدائع الصنائع، جـ ٧ ، ص ٦٥، إبن قدامه. المغنى، ص ١٠٤.

(٥٥) راجع فى عرض ذلك : الدكتور محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص ١٧٢، الاستاذ عبد القادر عودة جـ ٢ ص ٥١٤.

(٥٦) الاستاذ عبد القادر عودة، السابق، ص ٥١٨ وما بعدها، الدكتور محمد سليم العوا، السابق ص ١٧٢ وما بعدها.

(٥٧) وهذا هو رأى الاحناف والشافعية والزيدية والحنابلة ، يراجع للاحناف . الحصكفى شرح الدر المختار، جـ ١ ص ٤٤٨، ص ٤٤٩، وللشافعية الشيرازى، المهذب جـ ٢ ص ٢٨١ وللحنابلة إبراهيم بن حنويان، منار السبيل جـ ٢ ص ٣٨٩، وللزيدية، الروض النضير جـ ٤ ص ٥٢٠، ٥٢١.

(٥٨) وهذا هو رأى المالكية، والظاهرية، يراجع للمالكية حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٣٨، وللظاهرية المحلى. جـ ١١ ص ٣٢٨.

(٥٩) ومن هذا الرأى من الفقه الجنائى الحديث الدكتور محمد سليم العوا، السابق ص ١٨٧، وعكس ذلك فى الفقه د. صفوت حسن لطفى وآخرين، فتنة العصر الحديث، تطبيق الشريعة الاسلامية بين الحقيقة وشعارات الفتنة، ص ١١٥.

(٦٠) يراجع الدكتور محمد سليم العوا، السابق، ص ١٧٦.

---

(٦١) الدكتور محمد سليم العوا، السابق، ص ١٦٧.

(٦٢) رواه مالك فى الموطأ ص ٥٢٤ ، ورواه أبو داوود فى سننه جـ ٤ ص ١٩٣ ، وابن ماجه فى سننه ، جـ ٢ ص ٨٦٥ وهو مرسل عند مالك وأبى داود، موصول عند ابن ماجه وهو حديث صحيح .

(٦٣) رواه أبو داوود جـ ٤ ص ١٩٤ وابن ماجه جـ ٢ ص ٥٦٨ ، ٥٦٦ بلفظ مختلف وسنده حسن كما قال المحدث الألبانى فى تعليقه على مشكاة المصابيح جـ ٢ ص ٢٩٨.

(٦٤) انظر الدكتور محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص ١٨٠.

(٦٥) يراجع فى عرض آراء الفقه حول هذه المسألة، الاستاذ المرحوم/ عبد القادر عودة ، جـ ٢ ص ٥٩١ وما بعدها .

(٦٦) أورده الدكتور صفوت حسن لطفى، المرجع السابق، ص ١١٦.

(٦٧) المرجع السابق، ص ١١٦.

(٦٨) راجع فى تفاصيل ذلك :

الاستاذ عبد القادر عودة، جـ ٢ من ص ٥١٩ إلى ص ٥٤٢.

(٦٩) يراجع فى تفصيل هذه الحالات :

المستشار على على منصور، نظام التجريم والعقاب فى الاسلام، ص ٣٣١.

(٧٠) الاستاذ عبد القادر عودة، جـ ٢، ص ٥١٥ ، ص ٥١٧.

كتاب جديد

الطعن بالنقض في المواد الجنائية

تعليق ودراسة مقارنة بنظام النقض الفرنسي

للاستاذ الدكتور/ حسن علام - المحامي

الطعن بالنقض هو أحد طرق الطعن المقررة فى القوانين الاجرائية فى المواد المدنية وفى المواد الجنائية - فى النظام القضائى المصرى. وتنظمه نصوص خاصة فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية، كما أنه كانت تنظمه نصوص خاصة فى قانون الاجراءات الجنائية فيما يتعلق بالمواد الجنائية، غير أنه فى مرحلة معينة ، فى أواخر الخمسينات - رؤى إصدار قانون خاص بحالات وإجراءات الطعن بالنقض، وصدر فعلا بالقانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩، ثم عادت النصوص الخاصة بالنقض فى المواد المدنية والتجارية إلى قانون المرافعات الجديد الصادر فى سنة ١٩٦٨، وبقيت نصوص القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ الخاصة بالطعن فى المواد الجنائية تحكم حالات وإجراءات الطعن فى هذه المواد حتى الوقت الحاضر.

ويتناول كتاب الطعن بالنقض فى المواد الجنائية نصوص القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى هذا الخصوص - بدراسة فقهية وقضائية، نقدية ومقارنة ، ويتبع فى ذلك أسلوب التعليق على النصوص بعد عرض التاريخ التشريعى لكل منها والنصوص المتصلة به فى التشريعات الأخرى، وفى التعليمات العامة للنيابات . ثم يتبع التعليق بإيراد المبادىء القضائية الصادرة فى موضوع النص - والموضحة لاتجاهات محكمة النقض المصرية في شأنه مع الاشارة إلى ما يكون قد حدث من تطور أو تعديل فى تلك الاتجاهات ... وفى أحوال محدودة احتاج إلى أن يورد مبادىء صادرة عن محكمة النقض الفرنسية، والكتاب يجرى فى هذا على منهج ما سبقه من مجلدات موسوعة التشريعات والتعليقات والمبادىء القضائية... باعتبار أنه يصدر ضمن هذه السلسلة. وقد ظهر منها قبله مجلدان متكاملان يغطيان قانون الاجراءات الجنائية - إلا أن موضوع هذا الكتاب وطبيعة نصوص القانون الذى يتناوله - قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض - قد استلزمت تعمقا أكبر فى التعليق الفقهى، وتوسعا أكثر فى تتبع التاريخ التشريعى وتحليله، ومقارنة لا بد منها فى بعض المواضع مع نصوص القانون الفرنسى التى تعتبر فى مواضع متعددة أصلا تاريخيا للنصوص المصرية المقابلة ، والمقارنة كذلك مع اتجاهات القضاء والفقه الفرنسيين - وذلك بغية الوصول إلى دفعة أكبر فى تحديد ملامح الاتجاهات التى تتخذها محكمة النقض المصرية .

وقد برزت أهمية المقارنة مع نظام النقض الفرنسى - بوجه خاص - فى الجوانب الآتية :

١ - سلطة المحكمة عند نقض الحكم ، وهل تقتصر على إعادة القضية إلى محكمة الموضوع أو تمتد إلى تصحيح

الخطأ القانونى .
٢ - نطاق نظرية العقوبة المبررة .
٣ - الأثر الموقف للطعن بالنقض وانتفاؤه فى النظام المصرى وأساليبه فى مواجهة ذلك.
٤ - أبعاد الارتباط - فى إجراءات النقض - بالمبادىء الاساسية فى المحاكمات القضائية - علانية الجلسات ، المواجهة بين الخصوم، شفوية المرافعة .

وفيما يتعلق بالجانب الأخير لوحظ أن القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض ، قد أسقط من النصوص السابقة فى باب النقض فى قانون الاجراءات الجنائية - نصوصا كانت تعطى أهمية أكبر لمبدأى المواجهة بين الخصوم، وشفوية المرافعة - كالنص على اعلان الطاعن والخصوم الآخرين بالجلسة التى تحدد لنظر الطعن، والحق فى المعارضة للغائب الذى يصدر الحكم دون إعلانه - فضلا عن وضوح النص على استماع المحكمة إلى مرافعة النيابة والمحامين عن الخصوم كحق مقرر (وإن خضع بالطبع فى مدى استعماله عمليا لتقدير المحكمة) فهو ليس أمرا معلقا بالكامل على سلطتها التقديرية .

وقد كان فى اتجاه القانون فى هذا الصدد تغليب لاعتبارات الانجاز المهنى القضائى على أوضاع الخصومة القضائية. وهو أمر يثير مسألة ضمانات التقاضى ذاتها... لهذا ومن الناحية الفنية الاجرائية، فإن موضوع الخصومة القضائية وإبراز ملامحها فى إجراءات محكمة النقض - قد فرضه نفسه كمنطق أساسى للدراسة التى يقدمها الكتاب - فى كل نواحيها .

ولذلك كانت مقدمة الكتاب بحثا يهدف إلى تجديد ارتباط اجراءات الطعن فى المواد الجنائية بأوضاع الخصومة القضائية باعتبار أن الدعوى الجنائية تستمر أمام محكمة النقض فى إطار خصومة قضائية - وأن الاجراءات ليست مجرد مراجعة فنية مكتبية لسلامة التطبيق القانونى، وأنها تتحمل بذلك حقوقا إجرائية للخصوم فى الاعلان بموعد الجلسة، وما يترتب عليه من التزامات فى التنفيذ (م ٤١)، والحضور كآخر فرصة للمرافعة أو إستكمال الشكليات كتقديم التوكيل أو الشهادة السلبية أو أية مستندات أخرى، ومواجهة ما قد يجد من جانب الخصوم الآخرين أو يقدمونه من أوراق أو مستندات ، أو تدخل أو دفوع تؤثر على مصير الدعوى .

وقد استلزم ذلك أن يتعرض البحث لتحديد أطراف خصومة النقض حيث لا يتضمن نموذج التقرير بالنقض الذى يوقعه الطاعن ذكرا لخصومة فى الطعن كما أنه لا يلتزم باعلانهم بمقتضى القانون بمثل ما تنص عليه المادة ٥٧٨ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسى .

ولهذا الوضع فى نظام النقض المصرى أثره فى ضرورة أن يظهر البحث حدود حق التدخل فى الطعن، وهل يتعين أن يكون مثول الخصوم الآخرين أمام المحكمة هو بطريق التدخل وحدود حقهم فى ذلك فضلا عن الاجراءات التى تتبع فى حالة التدخل .

ويسير البحث فى الكتاب نحو استخلاص جميع النتائج

المترتبة على قيام حالة الخصومة القضائية أمام محكمة النقض - مستكملا فى هذا الاتجاه ما خلت النصوص من ذكره من تلك النتائج على اعتبار أنها أحكام عامة لا تحتاج إلى نص - بل لا تستبعد لمجرد استبعاد نص كان يذكرها كما حدث فى استبعاد النص على اعلان الخصوم فى المادة ٣٧ نقض . ولا يخل بكل ذلك طبيعة الطعن بالنقض من أنه لا يتعرض لموضوع الدعوى ويقتصر على تمحيص الحكم فى ذاته - صحته الاجرائية وسلامة تطبيقه للقانون . فذلك لا يعرض على محكمة النقض كأمر فقهى بحت، وإنما يعرض فى إطار خصومة بين أطرف يتناضلون لإبراز وجهة أو أخرى فى الجوانب المتعلقة بسلامة الحكم كاجراء وسلامة قضائه كإنزال لحكم القانون، والصفة الأساسية للعملية القضائية التى تحتفظ بها فى هذه المرحلة كغيرها من مراحل نظر الدعوى - هى أن الحقيقة بنت الجدل .

وعلى أساس من ذلك كله تناول الكتاب النصوص المتعلقة بالنقض فى المواد الجنائية فى قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض وهى المواد من ٣٠ - ٤٦ منه.

ويلاحظ مبدئيا - فى هذا الصدد - أن أولى تلك المواد (المادة ٣٠ من القانون) - يشتمل نصها على بيان أساس لأبعاد الحق فى الطعن بالنقض - من ناحية الأحكام الجائز الطعن فيها بالنقض ، ومن له حق الطعن بالنقض ونطاق حقه فى هذا الصدد ، وأخيرا - الأحوال الجائز فيها الطعن بالنقض. وهى تقابل فى هذا المادة ٥٦٧ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسى ، وتتضمن بذلك هيكل الأحكام المتعلقة بموضوع الطعن بالنقض. كما تحدد المادة ٣٤ الإطار الشكلى لإجراءاته. وتحدد المادة ٣٩ إطار سلطة محكمة النقض فى نظر الطعن والفصل فيه .

وقد حظيت المواد الثلاثة المذكورة بالقسط الاوفر من مادة الكتاب (٢٧٠ صحيفة من ٤٩٤)، وبخاصة المادة ٣٠ التى شغل التعليق عليها وبيان أصولها التشريعية والفقهية المبادىء القضائية المتصلة بها - ثلث الكتاب .

ونعرض فيما يلى للموضوعات الأساسية التى عالجها - بترتيب يوفق بين المنهج الفقهى من ناحية وبين واقع تتابع النصوص من ناحية أخرى .

(أ) أبعاد حق الطعن بالنقض - المادة ٣٠ من القانون

ففيما يتعلق بالأحكام التى تتضمنها هذه المادة تناول الكتاب بوجه خاص - المسائل الآتية :

أ - من له حق الطعن ؛ الصفة والمصلحة فى الطعن.

ب - محل الطعن ؛ الأحكام الجائز الطعن فيها بالنقض. ويعالج الكتاب الشروط التى يلزم توافرها فى تلك الأحكام - من حيث اشتراط أن تكون فى جناية أو جنحة - دون المخالفات - وصادرة من جهة قضاء جنائى ، وأن تكون نهائية وصادرة من آخر درجة وفاصلة فى الموضوع أو مانعة من السير فى الدعوى .

والشرط الأخير تفصّل أوضاعه المادة التالية (م ٣١ من القانون).

وأما شرط أن يكون الحكم نهائيا وصادرا من آخر درجة فإنه - بوجه خاص - قد

احتاج إلى مقارنة بين الاصطلاح الفرنسي في هذا الصدد وبين المصطلحات التي استخدمها المشرع المصري حيث أنها في مجموعها تقابل عبارة en demier ressort في القانون الفرنسي وهي تستعمل في الفقه القانوني الفرنسي بأوضاع مرنة تبدو أحيانا متناقضة (على سبيل المثال – Eneye Dalloz Penal Cass. N 80 غير أن تحليلها إلى شرطين متكاملين في صياغة التشريع المصري يساعد على إزالة ذلك التناقض الظاهر.

جـ – أسانيد (أوجه) الطعن بالنقض

– أو الأحوال الجائز فيها الطعن بالنقض

– وما يخرج عن نطاق الطعن بالنقض، أو ما لا يجوز إثارته في الطعن بالنقض، أو ما تفترض فيه صحة حكم محكمة الموضوع: ١ – ما يدخل في استخلاص المحكمة للوقائع – ٢ – افتراض أن إجراءات المحاكمة قد اتبعت على وجه قانوني .

ويعالج الكتاب في شأن أسانيد الطعن بالنقض – الأحوال الثلاثة الواردة في المادة ٣٠ ويقسمها الى فئتين :

١ – مخالفة القانون فيما يقضي به منطوق الحكم – سواء كانت المخالفة لقانون عقابي أو إجرائي .

٢ – بطلان الحكم – سواء كان البطلان ذاتيا في الحكم، أم كان ناشئا عن بطلان في إجراءات المحاكمة .

ذلك في حين أن نص المادة يعدد صورتين من البطلان (بعد: ١ – مخالفة القانون) ... ٢ – أن يقع بطلان في الحكم . ٣ – إذا وقع في الاجراءات بطلان أثر في الحكم .

ويرى المؤلف أن الجمع بين هاتين الصورتين كحالة واحدة هي بطلان الحكم لأي سبب كان – في مقابل الحالة الأخرى وهي مخالفة القانون – ذلك يحقق أساسا سليما للتفرقة بين صورتين متقابلتين في فصل محكمة النقض في الطعن، بحيث أن النقض يكون دائما مع الاحالة في حالة البطلان لأي سبب كان ، ولا يكون مع الإحالة – أساسا – في حالة مخالفة القانون طبقا لما تقضي به المادة ٣٩ مما سنشير اليه فيما بعد.

(ب) إجراءات الطعن – المادة ٣٤

تنص المادة ٣٤ من القانون على نظام للتقرير بالطعن ثم ايداع مذكرة بالأسباب ، على نحو ما تنص عليه المواد٥٧٦، ٥٨٤ وما بعدها من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي.

ويجب اتخاذ هذين الاجرائين :

التقرير بالطعن، وايداع مذكرة الأسباب في خلال موعد واحد طويل نسبيا هو أربعون يوما من صدور الحكم – وهما يكونان بذلك وحدة اجرائية متكاملة يترتب على عدم اكتمالها عدم قبول الطعن شكلا.

ويختلف ذلك عن نظام النقض الفرنسي الذي يتعين فيه التقرير بالطعن في موعد قصير نسبيا (٥ أيام – م ٥٦٨ أ ج ف) ويكون ميعاد ايداع مذكرات الأسباب هو ما يحدده المستشار المقرر بعد وصول ملف الطعن اليه طبقا للمادة ٥٨٨ أ ج.ف.

(جـ) نطاق الطعن بالنقض وسلطة محكمة النقض فيه : المادتان ٣٥ ، ٤٢

طبقا للمادة ٣٥ من قانون

النقض لا يجوز إبداء أسباب أخرى أمام المحكمة غير الأسباب التي أبديت بالمذكرات في الميعاد المقرر في المادة السابقة (٣٤). وعلى ذلك يتحدد نطاق الدعوى أمام محكمة النقض بما أبدى من أسباب في مذكرة الطاعن المقدمة خلال ميعاد الطعن. ولا تقبل بعد ذلك أية أسباب جديدة Moyens nonveaux في مذكرات أو في المرافعة بالجلسة .

وفي هذا فإن تعبير moyens في القانون في بعض أبعاده يعني «سبب الدعوى» (cause أو سبب الطعن ، petendi) وهو يقابل فعلا في التشريع المصري لفظ أسباب الطعن التي تذكرها المادة ٣٤/٢ من قانون النقض، ومن ثم فإن تعدد أسباب الطعن الواردة في مذكرة الأسباب المقدمة من الطاعن تجعل الطعن متضمنا دعاوى متعددة بالبطلان يجب أن ترفض جميعا إذا كان للطعن في مجموعه أن يكون مصيره الرفض - لأن اختلاف أسباب الابطال يجيز رفع دعاوى متعددة بطلب البطلان (بل انها إذا رفعت متتابعة فلا تقف دون قبولها حجية الشيء المحكوم فيه) .

أما إذا قبل أحد الأسباب فهو يكفي لنقض الحكم بطبيعة الحال .

على أن المادة ٣٥ في فقرتها الثانية، وكذلك المادة ٤٢ من القانون تعطي تحديدات إضافية لنطاق الطعن وسلطة المحكمة في نقض الحكم المطعون فيه :

فلا ينقض من الحكم إلا ما كان متعلقا بالأوجه التي يبني عليها النقض (الفقرة الأولى من المادة ٤٢).

ولكنه (طبقا لذيل الفقرة ذاتها) قد يمتد أثر الطعن إلى أجزاء أخرى من الحكم المطعون فيه إذا لم تكن التجزئة ممكنة، فينقض الحكم في شأنها بالتبعية . وتورد المادة ٦١٢ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي، حكما مشابها فيما يتعلق بالنقض الجزئي ولكن صيغتها تجعله اختياريا لمحكمة النقض، لتقريره استثناء من الأصل وهو النقض الكلي .

ومن ناحية أخرى تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون النقض على أن الحكم لا ينقض الا بالنسبة إلى من قدم الطعن ما لم تكن الأوجه التي بني عليها النقض تتصل بغيره من المتهمين فيحكم بنقض الحكم بالنسبة إليهم أيضا ولو لم يقدموا طعنا. ويمتد أثر الطعن في مثل هذه الحالة كذلك إلى غير الطاعن من المتهمين إذا كان قد قدم طعنا لم يقبل شكلا أو موضوعا .

هذا وتنص المادة ٣٥ من قانون النقض في فقرتها الثانية على أحوال تتجاوز فيها محكمة النقض الأسباب الواردة في مذكرة الطاعن فتنقض الحكم من تلقاء نفسها لأسباب عددها النص وهي تقابل ما يعرف في نظام النقض الفرنسي باسم Causa petendi ولا ينقض الحكم طبقا لهذا النص إلا إذا كان لصالح المتهم وذلك إما لمخالفته للقانون أو لأن المحكمة التي أصدرته لم تكن مشكلة وفقا للقانون أو لا ولاية لها بالفصل في الدعوى ، أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسري على واقعة الدعوى .

والحالة الأخيرة تقضي فيها محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز نظر الدعوى ونص المادة ٣٥/٢ من قانون النقض يبدو أنه يعطي على نحو ما سبق حلاً أكثر ملاءمة

بخاصة في حالة تخفيض التشريع الجديد للعقوبة دون إلغاء التجريم ذاته .

وقد حدد نص المادة ٢/٣٥ نطاق الاستناد إلى فكرة النظام العام في الاستثناء من قاعدة عدم قبول أسباب جديدة - بالحالات التي عددها على نحو ما سبق . غير أن محكمة النقض تترخص في بعض الأحوال في مد نطاق سلطتها في النقض من تلقاء نفسها لصالح المتهم .

(د) إجراءات نظر الطعن :

وفحص طعون الجنح في غرفة المشورة والافراج المؤقت عن الطاعن - المواد ٣٧، ٣٦ مكررا، ٤١

يتركز تنظيم إجراءات نظر الطعن في المادة ٣٧ من القانون، وقد أضيفت الى القانون المادة ٣٦ مكررا - لتحدد بعض أوضاع إضافية بالنسبة للجنح. كما أن المادة ٤١ تتعرض لاجراء خاص بإخلاء سبيل الطاعن بكفالة .

وتذكر المادة ٣٧ تلاوة تقرير المستشار المقرر، واستماع المحكمة الى أقوال النيابة العامة والمحامين عن الخصوم إذا رأت لزوما لذلك. وقد جاء نص المادة ٣٧ المقابلة للمادة ٦٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي - بصيغة فتحت الطريق للقول بأن استماع المحكمة الى الخصوم جوازي، ويدافع المؤلف عن أن النص لا يعني أكثر من هيمنة المحكمة على ألا تكون المرافعة مجرد تكرار لما جاء بالمذكرات أو يكون فيها خروج عن نطاق الطعن - بحيث يكون للمرافعة محل، على ما تجري به صياغة المادة ٦٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي .

هذا وتضع المادة ٣٦ مكررا المضافة بالقانون نظاما لفحص الطعون في أحكام الجنح في غرفة المشورة لتفصل - بقرار مسبب - فيما يفصح من تلك الطعون عن عدم قبوله شكلا أو موضوعا - ولتقرير إحالة الطعون الأكثر جدية لنظرها بالجلسة ولها في هذه الحالة أن تأمر بوقف تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية إلى حين الفصل في الطعن .

وقد تناول المؤلف بالتحليل النقدي الأسس الفقهية والتطبيق العلمي لهذا النظام.

ويلاحظ أن الأمر بوقف التنفيذ المنصوص عليه في هذه المادة يرتبط بكون الطعن بالنقض لا بوقف التنفيذ بحكم القانون في النظام المصري. (تقارن المادة ٥٦٩ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي المعدلة بالقانون ٦٤٣ لسنة ١٩٧٠ الصادر في ١٩٧٠/٦/١٧). ويرتبط بذلك

ما تنص عليه المادة ٤١ من القانون من سقوط الطعن إذا لم يكن الطاعن المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية قد تقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة. غير أنه قد نص في نهاية تلك المادة على حق المحكمة في إخلاء سبيل الطاعن المحكوم عليه بمثل تلك العقوبة - بكفالة ، ولم يحدد النص إجراءات طلب ذلك ولا شروط إجابته، ويكاد ألا يكون مطبقا في العمل .

(هـ) الحكم في الطعن - المادة ٣٩

تحدد المادة ٣٩ من القانون صور الفصل في الطعن - اما بعدم القبول، وإما بالنقض مع التصحيح إذا كان مبنيا على الخطأ في تطبيق القانون في منطوقه ، أو بالنقض مع الإحالة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم في الدعوى من جديد

مشكلة من قضاة آخرين. وذلك فى أحوال الحكم المطعون فيه .

على أن البحث يوضح كيف أنه فى واقع قضاء النقض المصرى لا يكون النقض بغير احالة فى كل أحوال مخالفة القانون - بل أن النقض يكون فى بعض الأحوال مع الاحالة إذا كان الأمر يقتضى اعادة بحث محكمة الموضوع للوقائع.

وعلى أية حال فإن النص يقنن صورة النقض دون إحالة التى يعرفها قضاء النقض لفرنسى ويمارسها - دون ـس - فى الأحوال التى يقدر فيها أنه إذا أعيدت القضية الى قاضى الموضوع فلن يجد ما يحكم فيه (Eneyc Dalloz (penal) Cass. 398 et suiv.) وذلك حال أن المادة ٦٠٩ من قانون الاجراءات جنائية الفرنسى تربط في نصها بين الحكم بالنقض وبين الاحالة .

وفيما عدا ما تقدم يعرض الكتاب ما ورد فى المواد الثلاثة الأخيرة من قانون النقض (٥٧ لسنة ١٩٥٩) - وهى المواد ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ - فيما يتعلق بتقييد محكمة الاحالة فى بعض الأحوال بحكم النقض ، وتصدى محكمة النقض للفصل فى الموضوع عند الطعن أمامها فى الحكم الصادر فى الدعوى للمرة الثانية . وأخيرا فى تعرض محكمة النقض للأحكام الصادرة بالاعدام فى إطار نظام خاص بها - قدم المؤلف تقييما فقهيا خاصا بشأنه .

وبهذا فإن الكتاب - فى إطار منهج التعليق على النصوص - قد واجه المشاكل العملية فى التطبيق ، فى ذات الوقت الذى واجه فيه ضرورة البحث عن الأصول الفقهية والتشريعية - تاريخاً ومقارنة - للاستبصار بشأن سلامة الحلول التى يقترحها، والتقييم الذى يعطيه لنظام النقض فى المواد الجنائية فى مصر .

وصف الدنيا :

على بن أبى طالب كرم الله وجهه فى

، وآخرها فناء ، حلالها حساب ،
ن استغنى فيها فتن ، ومن افتقر

الأعلانات القضائية

المادة ١٧٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

بموجب عقد مسجل ملخصه بمحكمة الجيزة الابتدائية برقم ٩٦٧ / ١٩٩٠ شركات تكونت شركة توصية بسيطة بين عبد الستار عبد البصير أحمد الدسوقي وضياء سالم فلاح قطيشات أردني الجنسية ، وشريكين موصيين باسم الشركة المصرية الاردنية للأعمال الفنية (البتراء) عبد الستار الدسوقى وشركاه غرضها الأنتاج والتوزيع السينمائى والتليفزيونى والمسرحى والاذاعي وإنتاج وتوزيع أشرطة الكاسيت الصوتي والفيديو كاسيت والخدمات الأنتاجية والفنية والدعاية والاعلان ومركزها شقة ٤ عمارة ٤٨ مشروع عمارات أبو الفتوح بشارع الهرم بالجيزة برأسمال ٥٠٠٠٠ جنيه حصة الطرف الأول ٢٥٥٠٠ جنيه والثانى ١٠٠٠٠ جنيه وحصة التوصية ١٤٥٠٠ جنيه ومدتها ٥ سنوات تبدأ من ١٩٩٠/٣/٢٥ قابلة للتجديد والادارة والتوقيع للطرفين الأول والثانى مجتمعين .

فى رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الايمان بقضاء الله وقدره .. ينعى مجلس النقابة زملاء أعزاء انتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سندا . ويتضرع المجلس الى العلى القدير أن يتغمدهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وذويهم وزملاءهم الصبر والسلوان .

الأستاذ / أحمد إبراهيم السعدى	المحامى
الأستاذ / لطفى المراغى	المحامى
الأستاذ / حسين حسن ورده	المحامى
الأستاذ / محمد إسماعيل حواس	المحامى
الأستاذ / يوسف الياس شحاته	المحامى
الأستاذ / أحمد عبد الرحمن فهمى	المحامى
الأستاذ / أحمد موسى عفيفى	المحامى
الأستاذ / محمد محمد محمد حماد	المحامى
الأستاذ / عبد الرحيم عزت محمد ابو عوف	المحامى
الأستاذ / يوسف محمد العيسوى	المحامى
الأستاذ / كمال منير كراس	المحامى
الأستاذ / محمد عبد الله الكومى	المحامى
الأستاذ / سامى بشاره ملطى	المحامى
الأستاذ / عبد العاطى أبو سليمان	المحامى
الأستاذ / فخر الدين محمد ابو زيد	المحامى
الأستاذ / عبد الله موسى عثمان	المحامى
الأستاذ / عبد الحميد حمزة سليمان	المحامى
الأستاذ / عبد العزيز عبد الهادى	المحامى
الأستاذ / فرغلى أحمد فرغلى	المحامى

فهـــرس العــــدد

الصفحة

الموضوع

رقم الايداع ٢٦١٠

دار الطباعة الحديثة
أول شارع الجيش - القاهرة
تليفون ٩٠٨٣١٨

مقالات في كلمات

مَن نصَّب نفسه للناس إماماً ، فليبدأ بتعليم نفسه قبل تعليم غيره ، وليكن تأديبه بسيرته قبل تأديبه بلسانه ، ومعلم نفسه ومؤدبها أحق بالإجلال من معلم الناس ومؤدبهم .

الامام على بن أبى طالب

★ ★ ★

إن الرئاسة ميسورة ، أما الزعامة فنادرة ، فالرئاسة منصب من عمل البشر ، أما الزعامة فقوة كامنة من عند الله لا تبرزها إلا الحوادث والعبر .. إنها قبس إلهى تلهبه يد القدر ، كلما مست الحاجة أو اقترب الخطر .

حكيم

★ ★ ★

يولد بعض الناس عظماء ، وينتحل آخرون العظمة ، بينما تساق اغتصاباً لفريق ثالث .

شكسبير

★ ★ ★

الحرية شيء ينتزعه الرجل لنفسه انتزاعاً ، لأنها لن تكون يوماً شيئاً نستجديه .

جان جاك روسو

★ ★ ★

خير المال ما أغناك ، وخير منه ما كفاك ، وخير إخوانك من واساك ، وخير منه من كفاك شره .

الامام على بن أبى طالب

★ ★ ★

كل أمر يقف فى طريق حريتنا لا يصح أن نقبله مطلقاً ، مهما كان الأمر به .

الزعيم خالد الذكر سعد زغلول

قالوا عن المحاماة

كنت أتمنى أن أكون محامياً ، لأن المحاماة أجَل مهنة في العالم .

فولتير

دار الطباعة الحديثة
ت : ٩٠٨٣١٨

تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

المحاماة



العددان السابع والثامن - سبتمبر وأكتوبر ١٩٩٠ - السنة السبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

وَالْعَصْرِ ① إِنَّ الْإِنسَانَ لَفِي خُسْرٍ ② إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ ③

صدق الله العظيم

كلمات من نور

قال صلى الله عليه وسلم :

من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إن المقسطين عند الله على منابر من نور ، الذين يعدِلُون فى حكمهم فى أهليهم وما وَلُوا .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

أهل الجنة ثلاثة : ذو سلطان مُقسط موفَّق ، ورجل رحيم رقيق القلب لكل ذى قربى ومسلم ، لكل ذى قربى ، وعفيف متعفف ذو عيال .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إنكم ستحرصون على الإمارة ، وستكون ندامة يوم القيامة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إذا أراد الله بالأمير خيرا ، جعل له وزير صدق ، إن نسى ذكَّره ، وإن ذكر أعانه ، وإذا أراد به غير ذلك جعل له وزير سوء ، أن نسى لم يُذكره ، وإن ذكر لم يُعنه .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

اتقوا الله ولو بِشق تمرة ، فمن لم يجد فبكلمة طيبة .

صدقَ رسول الله صلى الله عليه وسلم

منصب القضاء

اذا كان حقا على الناس أن تحيط القضاء بالاحترام والتقدير ، فإن ذلك من منطلق إيمانهم بأنه بغير القضاء يصبح القانون ضعيفا وعاجزا ولا خير فيه ، فمنصب القضاء من أعظم المناصب رفعه وسموا وإجلالا ، فالقضاء هو السبيل لتحقيق العدل والحق والأمن والاستقرار ، وحسب القضاء شرفا ومجدا وتكريما أن يكون الرسول ﷺ أول قاض فى الاسلام ، فقال تعالى (وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) ، وقال تعالى (إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم ، أن يقولوا سمعنا وأطعنا) ..

فأى تكريم للقضاء أعظم وأروع من أن يضع الله سبحانه وتعالى فى مرتبة رفيعة عاليه ، الأمر الذى يتعين معه أن يصادف من شاغل ذلك المنصب أن يكون أمينا ويتقى الله فيما يقضى . فإذا قضى فلا يقضى إلا حقا وعدلا ، وأن يكون قضاؤه وليد إحساسه باستقلاله ، ولن يتحقق ذلك إلا من خشية الخالق لا خشية المخلوق ، لأن من يخاف الخالق سبحانه وتعالى لن يخاف المخلوق ، ومن يخاف المخلوق لن يخاف الخالق ، ومن لا يخاف الخالق ولا يخشاه اضطرب فى يده ميزان العدل والحق ..!!

إن منصب القاضى يفرض على شاغله عديدا من المسئوليات والواجبات ، أولها نهى الناس عن الهوى ، فيحكم بين الناس بالعدل ، وأن ينتصر للمظلوم بأنه يرد الظالم عن ظلمه أيا كان موقع الظالم ، وأن يؤمن أن رسالة العدل هى جزء لاينفصل عن عبادة الله ، وأن يتذكر وقوف الخصوم بين يديه ، وقيامه معهم يوم القيامة ، يوم يقوم الناس لرب العالمين وأحكم الحاكمين ، يوم لا ينفع الظالمين معذرتهم ، وأن يتذكر قول الرسول الكريم فى حديثه الشريف (إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن ، الذين يعدلون فى حكمهم وأهليهم وماولوا) .

تقديم

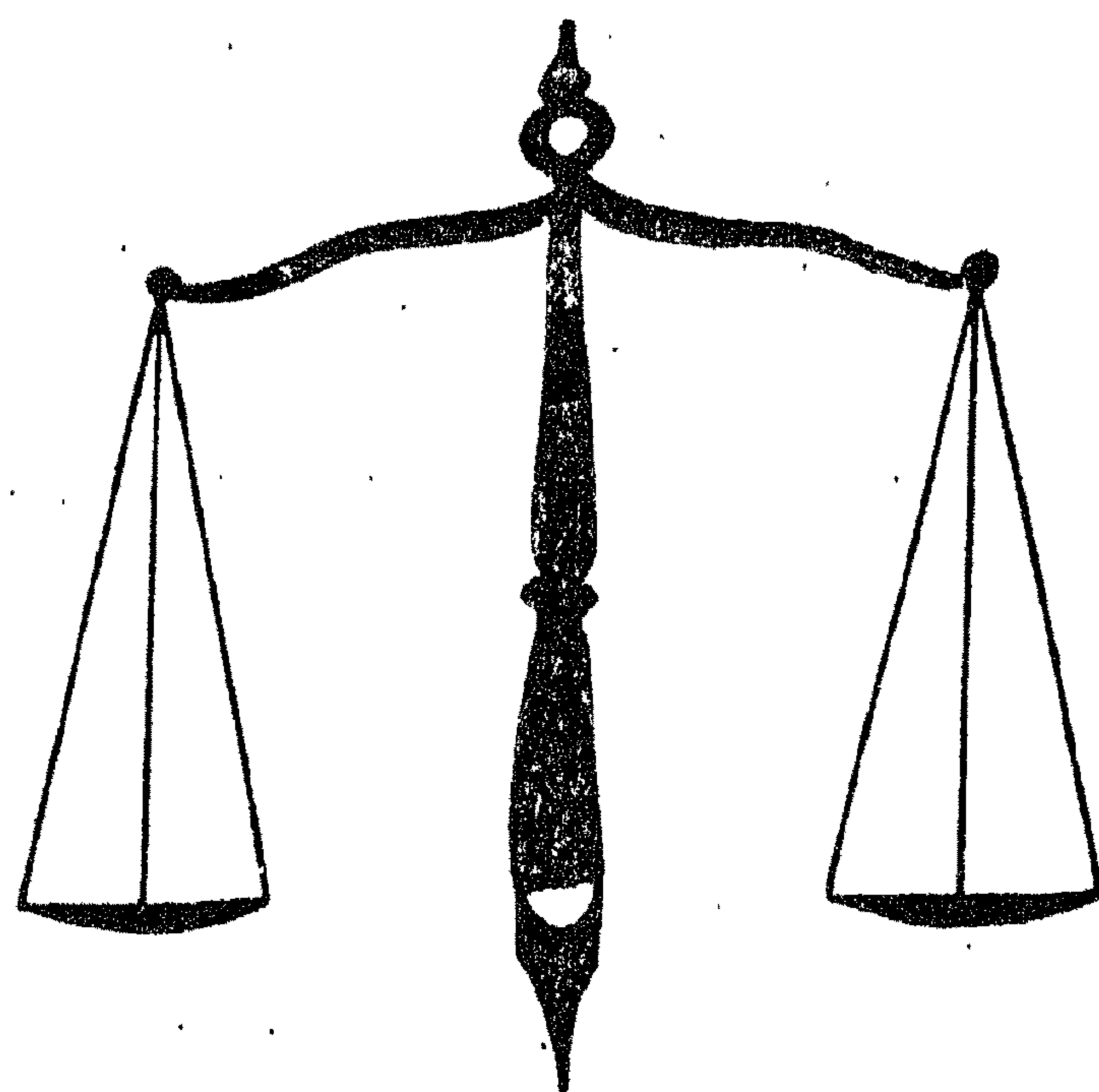
للسيد الاستاذ
عصمت الهوارى
المحامى
وكيل نقابة المحامين
وسكرتير التحرير

المحـامـون والمجـتمـع ...

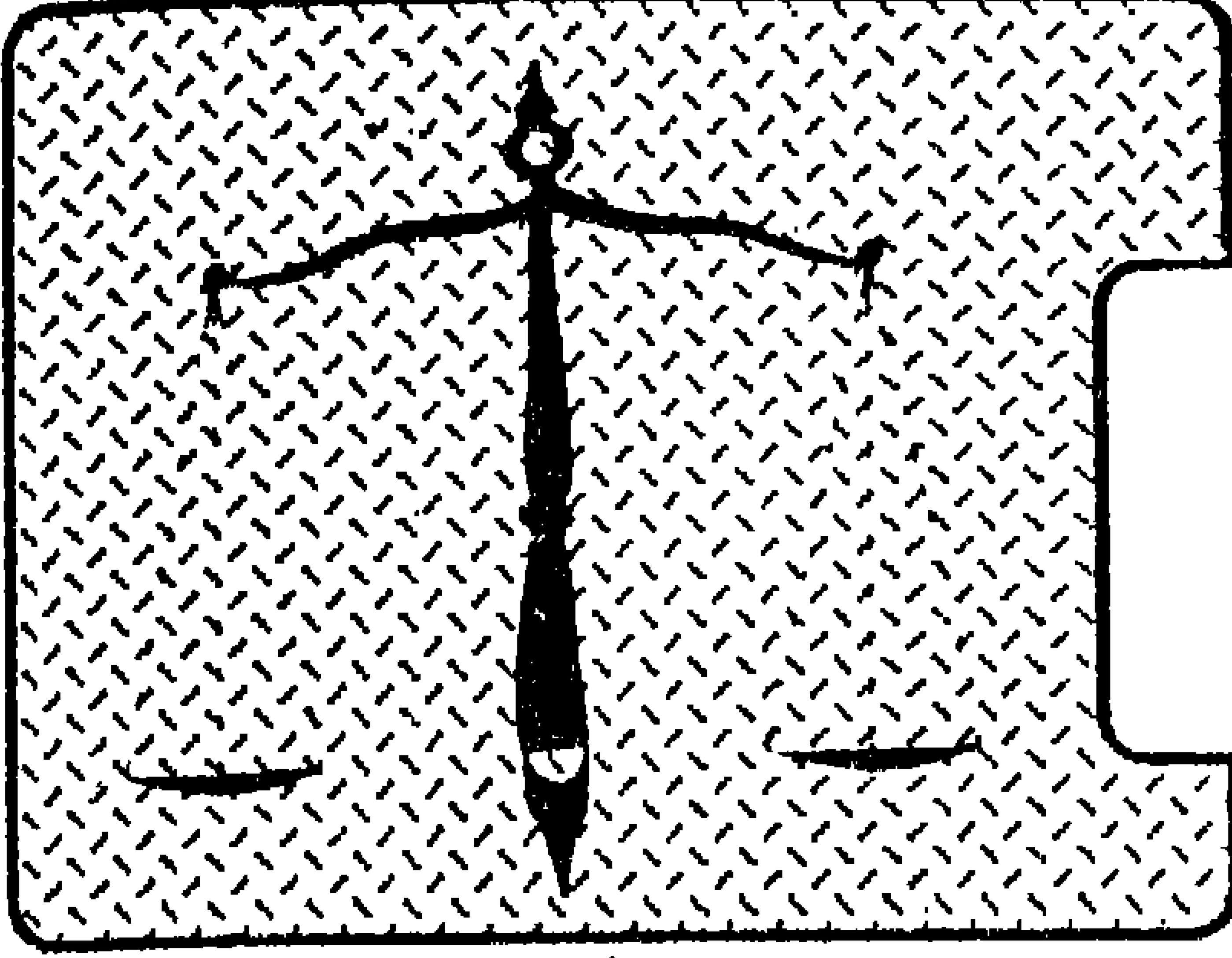
إن المحامين قلب المجتمع النابض ، وسيظلون لسانه المعبر ، وصوته الناطق ، وستظل نقابة المحامين أقوى قلاع الحرية ، لأنها تقوم على أكتاف المحامين ، ولا تعمل إلا وفق مشيئتهم وإرادتهم .

الأستاذ الجليل النقيب

احمد الخواجه



من قضاء المحاكم



احكام المحكمة الدستورية العليا

برئاسة السيد المستشار ممدوح مصطفى حسن رئيس المحكمة وحضور السادة المستشارين د . عوض محمد عوض المر ، واصل علاء الدين ، محمد ولى الدين جلال ، نهاد عبد الحميد خلاف ، فاروق عبد الرحيم غنيم ، حمدى محمد محمد على وحضور السيد المستشار السيد عبد الحميد عمارة المفوض .

(١)
جلسة ١٩٩٠/٢/٣

الاجراءات :

بتاريخ ٦ أغسطس ١٩٨٨ ورد الى قلم كتاب المحكمة ملف الدعوى رقم ٣١٩٥ لسنة ١٩٨٨ جنح قسم ميت غمر بعد أن قضت محكمة بندر ميت غمر بجلسة ١١ يولية ١٩٨٨ بوقف الدعوى واحالة الأوراق الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية المواد ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون العقوبات .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة اصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة قانونا .

حيث ان الوقائع - على ما يبين من قرار الاحالة وسائر الأوراق - تتحصل فى أن النيابة العامة أسندت للمدعى عليها الأولى ارتكاب جريمة الزنا مع المدعى عليه الثانى حال قيام رابطة الزوجية بينها وبين زوجها عاطف محمد المصرى ، وطلبت النيابة عقابهما بالمواد ٤٠ و ٤١ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون العقوبات . وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة بندر ميت غمر ، تراءى للمحكمة عدم دستورية بعض مواد الاتهام فقضت بجلسة ١١ يولية ١٩٨٨ بوقف الدعوى واحالتها الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية المواد ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون العقوبات ، استنادا الى أن هذه المواد اذ تعاقب الزوجة الزانية هى وشريكها بالحبس ، وتعلق ذلك على تقديم طلب من الزوج ، وتحدد الأدلة التى يجوز قبولها حجة على المتهم بالزنا ، تكون قد انطوت على مخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية التى أصبحت طبقا

للمادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسى للتشريع ، وذلك ، باعتبار أن الزنا من جرائم الحدود التى بينت الشريعة الاسلامية أركانها وكيفية اثباتها ، والعقوبة المقدرة لها والحالات التى يمتنع فيها توقيع الحد أو تؤدى الى اسقاطه .

وحيث أن المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات - الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والمعمول به من ١٥ أكتوبر ١٩٣٧ - تنص على أنه «لا تجوز محاكمة الزانية الا بناء على دعوى زوجها ...» كما تنص المادة ٢٧٤ منه على أن «المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لاتزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها ...» وتنص المادة ٢٧٦ منه على أن «الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل ، أو اعترافه ، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه ، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم» .

وحيث أنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ أن المادة الثانية منه أصبحت تنص على أن «الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع» بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ على أن «الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع» . والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة فى أى من الدساتير المصرية المتعاقبة .

وحيث أنه لما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان الزام المشرع باتخاذ مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى الى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الالزام ، بحيث اذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادىء الشريعة الاسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على هذا التاريخ فلا يتأتى انفاذ حكم الالزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله أى فى وقت لم يكن فيه القيد المتضمن هذا الالزام قائما واجب الاعمال ، ومن ثم فان هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد وهو مناط الرقابة الدستورية .

وحيث أنه ترتيبا على ما تقدم ، ولما كان مبنى الطعن هو مخالفة المواد ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون العقوبات للمادة الثانية من الدستور لخروجها على مبادىء الشريعة الاسلامية التى تجعل الزنا من جرائم الحدود على ما سلف بيانه ، واذ كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ والمتضمن الزام المشرع بعدم مخالفة الشريعة الاسلامية ، لا يتأتى أعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه ، وكانت المواد المشار اليها من قانون العقوبات لم يلحقها أى تعديل بعد التاريخ المذكور ، فان النعى عليها وحالتها هذه بمخالفة المادة الثانية من الدستور - وأيا كان وجه الرأى فى تعارضها مع مبادىء الشريعة الاسلامية - يكون فى غير محله ، الأمر الذى يتعين معه الحكم برفض الدعوى .

لهذه الأسباب :

حكمت المحكمة برفض الدعوى .

القضية رقم ٣٤ لسنة ١٠ قضائية (دستورية)

(٢)
جلسة ١٩٩٠/٣/٣

الاجراءات :

بتاريخ ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٨٦ ورد الى المحكمة كتاب السيد المستشار وزير العدل بطلب تفسير نص المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وذلك بناء على طلب المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

وبعد تحضير الطلب أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها .

ونظر الطلب على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة اصدار القرار فيه بجلسة اليوم .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة :

حيث أن المجلس الاعلى للهيئات القضائية طلب تفسير نص المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وذلك لتحديد وظيفة عضو الهيئات القضائية المعادلة لدرجة نائب وزير والذى يعامل معاملته فى المعاش وفقا لنص المادة ٣١ سالفة الذكر وبيان ما اذا كان يتسع نطاقها ليشمل الوظيفة القضائية متى بلغ مرتب شاغلها ما يعادل مرتب نائب الوزير اعمالا للفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جداول المرتبات المضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام قوانين الهيئات القضائية ، وذلك تأسيسا على أن هذا النص قد أثار خلافا فى التطبيق بين محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا ومحكمة النقض .

وحيث أن المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ قررت معاملة خاصة من حيث المعاش لكل من الوزير ونائب الوزير . فنصت فى فقرتها الأولى على أن «يسوى معاش المؤمن عليه الذى شغل منصب وزير أو نائب وزير على أساس آخر أجر تقاضاه وذلك وفقا للآتى :

(أولا) يستحق الوزير معاشا مقداره ١٥٠ جنيها شهريا ونائب الوزير معاشا مقداره ١٢٠ جنيها شهريا فى الحالات الآتية ..» ، وقد بينت الفقرات (١) و (٢) و (٣) من البند (أولا) مدد الاشتراك فى التأمين والمدد اللازم قضاؤها فى أحد المنصبين أو فيهما معا لاستحقاق المعاش المذكور ، ونص البند (ثانيا) منها على أن «يسوى له المعاش عن مدة اشتراكه فى التأمين التى تزيد على المدد المنصوص عليها فى البند (أولا) ويضاف الى المعاش المستحق وفقا للبند المذكور على ألا يتجاوز مجموع المعاشين الحد الأقصى المنصوص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠» ، ونص فى البند (ثالثا) على أنه «اذا لم تبلغ مدة الخدمة التى قضاها فى هذين المنصبين أو أحدهما القدر المشار إليه بالبند (أولا) استحق معاشا يحسب وفقا لمدة الاشتراك فى التأمين على أساس آخر أجر تقاضاه ، فاذا قل المعاش عن ٢٥ جنيها شهريا خير بين المعاش أو تعويض الدفعة الواحدة» .

وحيث انه يبين من تقصى قوانين السلطة القضائية المتتالية بدءا بقانونها الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ أن جدول المرتبات

الملحق به كفل لكبار رجال القضاء معاملة خاصة فى المعاش ، فنص على معاملة رئيس محكمة النقض معاملة الوزير من حيث المعاش وأن يعامل كل من «نواب رئيس محكمة النقض» ، (وشاغلى الوظائف القضائية الأخرى المعادلة) «معاملة من هو فى حكم درجته فى المعاش» وعلى أن يعامل كل من «المحامى العام الأول» (وشاغلى الوظائف القضائية الأخرى المعادلة) معاملة من هو فى حكم درجته فى المعاش ، وقد حرص المشرع على ترديد النص على هذه الميزة لشاغلى تلك الوظائف القضائية الكبرى عند تعديله لجدول المرتبات المشار اليه بالقرار بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣ فأعاد النص عليها فى جدول المرتبات الملحق بهذا القانون أيضا ، كما أكد ذلك مرة ثالثة فى قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، فبعد أن حدد فى جدول المرتبات الملحق بهذا القانون الربط المالى لنواب رئيس محكمة النقض ورؤساء محاكم الاستئناف ... والربط المالى لنواب رؤساء محاكم الاستئناف والمحامى العام الأول ، قضى بأن يعامل كل من هؤلاء جميعا «معاملة من هو فى حكم درجته فى المعاش ، الأمر الذى يدل بوضوح - ازاء تكرار النص على هذه الميزة فى المعاملة التقاعدية لشاغلى المناصب القضائية الكبرى - على قصد الشارع اعتبارها جزءا من الكيان الوظيفى لرجال القضاء والاتجاه دائما الى توفير المزيد من أسباب الحياة الكريمة لهم وتأمينها فى أحرج مراحلها عند بلوغ سن التقاعد ومواكبة لسائر النظم القضائية فى دول العالم ، فلا يتصور وقد خلت نصوص قانون السلطة القضائية الحالى الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ من الاشارة الى هذه الميزة أن يكون المشرع قد رأى ضمنا الغاءها ، ذلك أنها وقد أصبحت باطراد النص عليها فى قانونى السلطة القضائية السابقين دعامة أساسية فى النظام الوظيفى لرجال القضاء فانه لا يجوز حرمانهم منها لما يترتب على ذلك من الانتقاص من المزايا المقررة ، وهو ما يتعارض مع ما أفصح عنه المشرع فى المذكرة الايضاحية للقانون الحالى من أن من بين ما استهدفه هذا القانون «توفير المزيد من الضمانات والحوافز لرجال القضاء وتأمين حاضرهم ومستقبلهم وسعى بالنظام القضائى نحو الكمال» ، يؤيد ذلك أن قانون السلطة القضائية القائم وصدر فى ظل قانون التأمين والمعاشات الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٣ الذى أوجب عدم تجاوز المعاش حدا أقصى حددته المادة ٢١ منه بالنسبة «للوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» وحدا آخر بالنسبة «لنواب الوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» ، مما يستفاد منه أن الأحكام الخاصة بمعاش الوزير أو نائب الوزير وفقا للمادة ٢٢ من القانون المشار إليه لا تسرى فحسب على من يشغل وظيفة وزير أو نائب وزير وانما تسرى كذلك على من يتقاضون مرتبا مماثلا لمرتب الوزير أو نائب الوزير أى على من هو فى حكم درجته ، وبالتالى لم يكن قانون السلطة القضائية الحالى فى حاجة الى تكرار النص من جديد على تلك الميزة التى أصبحت باطراد النص عليها فى القوانين السابقة أصلا ثابتا فى النظام الوظيفى لرجال القضاء ، تدخل ضمن ما عناه المشرع فى القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون التأمين الاجتماعى القائم بالنص فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون الاصدار على أن «يستمر العمل بالمزايا المقررة فى القوانين والأنظمة الوظيفية للعاملين بكادرات خاصة ، مما مفاده أن معاملة كل من

شاغلي الوظائف القضائية الكبرى معاملة من هو في حكم درجته في المعاش ميزة مقررة لهم ظلت قائمة حتى صدور قانون التأمين الاجتماعي الحالي واستمر العمل بها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون اصداره .

وحيث أن الخلاف القائم بشأن تحديد الوظيفة القضائية المعادلة لدرجة نائب الوزير في تطبيق أحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وتحديد الميقات الذي يتحقق فيه لشاغل الوظيفة هذا التعادل ، انما يدور في الحقيقة حول المعيار الذي يجري على أساسه التعادل بين الوظيفتين .

وحيث أنه يبين من الاطلاع على قوانين التأمين والمعاشات - التي صدر في ظلها قانونا السلطة القضائية السابقان رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ورقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ أن المشرع عندما أراد أن يحدد الأساس الذي يقوم عليه التعادل بين وظائف الوزراء ونواب الوزراء وبين الوظائف الاخرى التي يفيد شاغلوها من الحد الأقصى للمعاش المقرر لكل من الوزراء ونواب الوزراء ، قد أرسى هذا الأساس في قاعدة عامة منضبطة تعتد بالتماثل بين مرتب الوزير أو نائب الوزير والمرتب الذي يتقاضاه شاغلو الوظائف الأخرى ، وقد ورد النص على هذه القاعدة في المادة ٢٤ من القرار بقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٦ بانشاء صندوق للتأمين والمعاشات ، التي أوجبت الا يجاوز المعاش حدا أقصى حددته بالنسبة لكل من «الوزراء ونواب الوزراء ، ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» ، وقد حرص المشرع على ترديد النص على هذه القاعدة في المادة ٢٩ من قانون التأمين والمعاشات الصادر بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٠ كما أكد النص عليها مرة ثالثة في المادة ٢١ من قانون التأمين والمعاشات الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٣ التي حددت للمعاش حدا أقصى بالنسبة «للوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» وحدا آخر بالنسبة الى نواب الوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» . وبذلك يكون المشروع التأميني قد أفصح عن قصده في تحديد الأساس الذي يجري عليه التعادل بين وظائف الوزراء ونواب الوزراء والوظائف الأخرى ، وكان قصده في ذلك واضحا وصريحا في الاعتداد بالمرتب الفعلي كأساس للتعادل بين هذه الوظائف في تطبيق أحكام قوانين المعاشات ، على اعتبار أن معيار المرتب المتماثل هو المعيار الأعدل الذي يحقق المساواة في المعاملة من حيث المعاش بين من يتقاضون مرتبات متماثلة ، وقد اطرد النص على هذه القاعدة في قوانين التأمين والمعاشات السابقة حتى غدت أمرا مسلما وحكما مقررا لم يعد في حاجة الى النص عليه وتوكيده ، واستمرت قائمة ومنفذه وصدر في ظلها قانونا السلطة القضائية السابقان رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ورقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ اللذان كفلا لكبار رجال القضاء معاملة «كل منهم معاملة من هو في حكم درجته في المعاش» ، واذا صح أن هذه العبارة قد جاءت في ظاهرها غير قاطعة الدلالة في تحديدها لأساس التعادل بين الوظائف القضائية والوظائف الأخرى التي يعامل شاغلوها معاملة خاصة من حيث المعاش ، فقد وجب استجلاء معناها وتحديده وضبطه بمفهومه الذي وضح واستقر النص عليه في قوانين التأمين والمعاشات التي كانت قائمة ومعمولا بها وقتذاك باعتبارها القوانين المنظمة لقواعد المعاشات التي حال إليها النص الخاص بمعاملة رجال القضاء ، وذلك تحقيقا للتناسق والتوافق بين النصوص القانونية

المتعلقة بموضوع واحد وتجنبا لأى تعارض يثور بينها فى مجال التطبيق . واذا كانت معاملة كل من شاغلى الوظائف القضائية التى حددها النص «معاملة من هو فى حكم درجته فى المعاش» ، ميزة مقررة لهم ظلت قائمة حتى صدر قانون التأمين الاجتماعى الحالى بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ واستمر العمل بها طبقا للفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون اصداره على ما سلف البيان ، فقد لزم أعمال التعادل وفقا لحكمها بمفهومه الذى ثبت واستقر فى قوانين المعاشات التى تقررت تلك الميزة فى ظلها مادام أن قانون التأمين الاجتماعى القائم لم يتضمن حكما مغايرا ، ومن ثم يجرى التعادل بين وظائف الوزراء ونواب الوزراء وبين شاغلى الوظائف القضائية على أساس ما يتقاضونه من مرتبات فعلية دون اعتداد ببداية المربوط المالى لهذه الوظائف أو بمتوسط مربوطها ، ويؤيد ذلك أن المادة ٧٠ من قانون السلطة القضائية الحالى تنص على تسوية معاش القاضى فى جميع حالات انتهاء الخدمة «على أساس آخر مربوط الوظيفة التى كان يشغلها أو آخر مرتب كان يتقاضاه أيهما أصلح له ....» مما مؤداه تسوية معاش عضو الهيئة القضائية على أساس آخر مرتب كان يتقاضاه ولو جاوز به نهاية مربوط الوظيفة التى كان يشغلها نتيجة لانطلاقه بالمرتب فى حدود مربوط الوظيفة الا على مباشرة أعمالا لنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جداول مرتبات أعضاء الهيئات القضائية المضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦

والتى تقضى باستحقاق «العضو الذى يبلغ مرتبه نهاية مربوط الوظيفة التى يشغلها العلاوة المقررة للوظيفة الا على مباشرة ولو لم يرق إليها بشرط ألا يجاوز مرتبه نهاية مربوط الوظيفة ....» لما كان ذلك وكانت الميزة المقررة لرجال القضاء تقضى بمعاملة كل من «نواب رئيس محكمة النقض ورؤساء محاكم الاستئناف الأخرى معاملة من هو فى حكم درجته فى المعاش» ، كما تقضى بمعاملة كل من نواب رؤساء محاكم الاستئناف والمحامين العامين الأول «معاملة من هو فى حكم درجته فى المعاش» ، وكان التعادل بين هذه الوظائف القضائية والوظائف الأخرى التى يعامل شاغلوها معاملة خاصة فى المعاش يجرى على أساس ما يتقاضاه شاغلو الوظائف القضائية من مرتبات مماثلة ، ومن ثم فان معاملة أى من هؤلاء المعاملة المقررة لشاغلى الوظائف الأخرى من حيث المعاش تكون منذ بلوغه مرتبا مماثلا للمرتب المقرر للوظيفة المعادلة .

وحيث أنه يبين من استعراض تطور المرتب المقرر لنائب الوزير مقارنا بما طرأ من تطور كذلك فى المرتب المقرر لكل من نائب رئيس محكمة الاستئناف ونائب رئيس محكمة النقض لبيان مدى تعادل أى من هاتين الوظيفتين مع درجة نائب الوزير فى مجال تطبيق أحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى ، يبين أن الدرجة المالية لنائب الوزير ذات مربوط ثابت بدأ بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه سنويا طبقا للقانون رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٥٣ زيد بالقوانين أرقام ١٣٤ لسنة ١٩٨٠ و ١١٤ لسنة ١٩٨١ و ٣١ لسنة ١٩٨٣ الى أن بلغ ٢٦٧٨ جنيها بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٨٤ وأما عن المرتب المقرر لنائب رئيس محكمة الاستئناف منذ العمل بالقرار بقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ، فقد تقرر فى هذا القانون لوظيفة المحامى العام الأول (المقابلة لها) درجة مالية ذات مربوط ثابت مقداره ١٨٠٠ جنيه سنويا ، زيد الى ١٩٠٠ جنيه بالقانون رقم ٤٣

لسنة ١٩٦٥ وظل لها هذا المربوط فى القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، ثم أصبح مربوطها متدرجاً ذا بداية ونهاية من ١٩٠٠ الى ٢٠٠٠ جنيه طبقا للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ زيد بالقوانين أرقام ٥٤ لسنة ١٩٧٨ و ١٤٣ لسنة ١٩٨٠ و ١١٤ لسنة ١٩٨١ و ٣٢ لسنة ١٩٨٣ الى أن بلغ مربوطها المالى من ٢١٨٠ الى ٢٤٩٣ جنيها بمقتضى القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٨٤ . وأعمالا للفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق.جداول المرتبات المضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ ، أصبح نائب رئيس محكمة الاستئناف – منذ العمل بهذا القانون عندما يبلغ مرتبه نهاية مربوط وظيفته ، مستحقا التدرج بالعلاوة المقررة للوظيفة الأعلى مباشرة ولو لم يرق اليها بشرط الا يجاوز مرتبه نهاية مربوط الوظيفة الأعلى . أما عن المرتب المقرر لهذه الوظيفة الأعلى – المقابلة لوظيفة نائب رئيس محكمة النقض – فقد تقرر لها فى القوانين أرقام ٥٦ لسنة ١٩٥٩ و ٤٣ لسنة ١٩٦٥ و ٤٦ لسنة ١٩٧٢ درجة مالية.ذات مربوط ثابت مقداره ٢٠٠٠ جنيه سنويا ، ثم أصبح مربوطها متدرجا ذا بداية ونهاية من ٢٢٠٠ الى ٢٥٠٠ جنيها سنويا بمقتضى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ زيد بالقانونين رقمى ١١٤ لسنة ١٩٨١ و ٣٢ لسنة ١٩٨٣ الى أن بلغ مربوطها المالى من ٢٣٨٠ الى ٢٨٦٨ جنيها بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٨٤

الى أن صدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٨ بتحديد مرتبات شاغلى بعض الوظائف ناصا فى مادته الأولى على أن «يمنح مرتبا مقداره ٤٨٠٠ جنيه سنويا وبدل تمثيل مقداره ٤٢٠٠ جنيه سنويا كل من يشغل وظيفة كان مدرجا لها فى الموازنة العامة للدولة فى أول يوليه سنة ١٩٨٧ الربط الثابت وبدل التمثيل المقررين للوزير .....» .

ولما كانت وظائف رئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام من بين الوظائف التى ينطبق عليها نص المادة الأولى من هذا القانون ، فان ما قرره بشأن هذه الوظائف لا يعدو أن يكون تعديلا جزئيا لجدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية بزيادة المرتب وبدل التمثيل المقررين لها الى المقدار المحدد بنص المادة الأولى المشار إليه ، واذا كانت وظيفة رئيس محكمة النقض هى الوظيفة الأعلى مباشرة لنائب رئيس محكمة النقض ، ومن ثم وعملا بنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية ، فان نائب رئيس محكمة النقض الذى يبلغ مرتبه نهاية مربوط وظيفته ، يكون مستحقا المرتب وبدل التمثيل المقررين لرئيس محكمة النقض ، وهو ما قضت به محكمة النقض واستقر قضاؤها عليه . واذ كان التعادل بين وظيفتى الوزير ونائب الوزير وبين الوظائف القضائية فى مجال تطبيق قواعد المعاشات يقوم على أساس التماثل فى المرتب الذى يتقاضاه كل من شاغلى الوظيفتين المعادلة والمعادل بها ، فان وظيفة نائب رئيس محكمة الاستئناف تعتبر فى حكم درجة نائب الوزير ويعامل شاغلها معاملة نائب الوزير من حيث المعاش طبقا لاحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى منذ بلوغه مرتبا مماثلا لمرتب نائب الوزير ويظل منذ هذا الحين فى حكم درجته ما بقى شاغلا لوظيفته بالغا ما بلغ مرتبه فيها سواء حصل على هذا المرتب فى حدود مربوط الوظيفة التى يشغلها أو بسبب حصوله على مرتب الوظيفة الأعلى مباشرة أعمالا للفقرة الاخيرة من قواعد تطبيق جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية .

وحيث أنه لما كانت المادة ٣١ من قانون

التأمين الاجتماعى المشار إليه قد تناول نصها بالتنظيم المعاملة التأمينية لكل من الوزير ونائب الوزير ، وفيما عدا مقدار المعاش المحدد جزافا لكل من الوزير ونائب الوزير ، فقد أجرى النص على من شغل أحد المنصبين أو كليهما أحكاما واحدة سواء فى تحديد مدة الاشتراك الكلية فى التأمين أو الحد الأدنى للمدة التى قضيت فى أحد المنصبين أو فيهما معا أو فى كيفية تسوية المعاش عن مدة الاشتراك فى التأمين التى تزيد على المدد المنصوص عليها فى البند (أولا) من المادة المذكورة أو فى مقدار الحد الأقصى للمعاش ، بما مؤداه ارتباط فقرات هذه المادة ارتباطا لا يقبل الفصل أو التجزئة فى مجال تطبيقها على من سبق أن تقلد المنصبين أو شغل الوظائف القضائية المعادلة لهما ، الأمر الذى يقتضى تبعا لهذا الارتباط - أن يكون تفسير نص المادة ٣١ سالفة الذكر شاملا لبيان الوظائف القضائية المعادلة لكل من درجة الوزير ونائب الوزير من حيث المعاملة فى المعاش ضمانا لوحدة تطبيقها على نحو تتحقق معه المساواة أمام القانون بين كافة أعضاء الهيئات القضائية الذين تسرى عليهم أحكامها . لما كان ذلك وكانت المادة المذكورة - فى بيانها للحدود الدنيا للمدد الواجب قضاؤها فى الخدمة كوزير أو نائب وزير ، لمعاملته المعاملة الخاصة فى المعاش - قد أجازت قضاء هذه المدد فى أحد المنصبين أو فيهما معا ، وكان هذا الحكم واجب التطبيق على شاغلى الوظائف القضائية المعادلة لهذين المنصبين اعمالا للميزة المقررة لرجال القضاء ومن ثم فان نائب رئيس محكمة الاستئناف اذا ما رقى الى وظيفة قضائية أعلى وتقاضى فيها مرتبا مماثلا لمرتب الوزير ، وجب عند حساب المدد المشار إليها الاعتداد بالمدة التى قضاها فى هذه الوظيفة الأعلى بالاضافة الى المدة التى قضاها فى الوظيفة السابقة باعتبارها فى حكم درجة نائب الوزير منذ بلوغه المرتب المقرر لنائب الوزير ، واذ كانت وظيفة رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى المقابلة لوظيفة نائب رئيس محكمة النقض - هى الوظيفة الأعلى مباشرة لوظيفة نائب رئيس محكمة الاستئناف ، وكانت وظيفة نائب رئيس محكمة النقض وغيرها من الوظائف القضائية المعادلة لها قد تحدد مستواها المالى بصدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٨ الذى ترتب عليه تعديل المرتب وبدل التمثيل المقررين لرئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام الى المقدار المحدد للوزير بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٧ . لما كان ذلك وكانت وظيفة رئيس محكمة النقض هى الوظيفة الأعلى مباشرة لوظيفة نائب رئيس محكمة النقض ، فان شاغل هذه الوظيفة - عند بلوغ مرتبه نهاية مربوطها ، يكون مستحقا المرتب وبدل التمثيل المقررين لرئيس محكمة النقض عملا بنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية ، ويصبح فى مستواه المالى منذ بلوغ مرتبه هذا القدر ومن ثم يعتبر فى حكم درجة الوزير ويعامل معاملته من حيث المعاش . ولا يغير من ذلك أن قانون السلطة القضائية الحالى لم يخص بالمعاملة المقررة للوزير من حيث المعاش سوى رئيس محكمة النقض ، وكذلك رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام اللذين عوملا المعاملة المقررة لرئيس محكمة النقض من حيث المعاش طبقا لما نص عليه جدول المرتبات الملحق بالقانون المشار إليه ، ذلك أن هذا القانون وان خلا من النص على سريان تلك المعاملة الخاصة على نواب رئيس

محكمة النقض ومن فى درجتهم فانه لم ينص كذلك على حرماتهم منها ، واذ كانت الميزة المقررة لهم تقضى بمعاملة كل من هؤلاء من حيث المعاش معاملة من هو فى حكم درجته أى من يتقاضى مرتبا مماثلا لمرتبه ، ومن ثم فكلما تحقق التماثل فى المرتب بين ماهو مقرر لشاغل الوظيفة القضائية واحدى الوظائف التى يعامل شاغلوها معاملة خاصة من حيث المعاش ، حق لشاغل الوظيفة القضائية أن يعامل ذات المعاملة المقررة للوظيفة المعادلة على النحو السالف بيانه . لما كان ذلك وكان بلوغ نائب رئيس محكمة النقض نهاية مربوط وظيفته موجبا لاستحقاقه المرتب وبدل التمثيل المقررين لوظيفة رئيس محكمة النقض باعتبارها الوظيفة الأعلى مباشرة ، وهما المرتب وبدل التمثيل المقرران للوزير طبقا للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٧ ، فانه يعتبر منذ بلوغ مرتبه هذا القدر فى مركز قانونى يماثل من الناحية المالية مركز الوزير ويعادله ويصير مستحقا أن يعامل منذ هذا الحين معاملته من حيث المعاش . ومما يؤيد ذلك أن ما أستحدثه الشارع فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ - وتواصل النص عليه فى القوانين المتعاقبة - بتقريره قاعدة تخول لعضو الهيئة القضائية عند بلوغ مرتبه نهاية مربوط الوظيفة التى يشغلها ، حقا ماليا أقصاه مرتب وبدلات الوظيفة الأعلى مباشرة ولو لم يرق إليها ، وقد استهدف التيسير على القدامى من رجال القضاء وعدم تجميد المخصصات المالية للوظائف القضائية - فى حالة عدم الترقى - عند حد نهاية الربط المالى المقرر لها تأمينا للقضاه فى حاضرهم ومستقبلهم ، خاصة وأن فرص الترقى الى الوظائف القضائية العليا محدودة مما رئى معه تقرير تلك القاعدة التى يؤدى تطبيقها الى بلوغ مرتب وبدلات العضو حد المساواة بما هو مقرر من هذه المخصصات المالية للوظيفة الأعلى مباشرة وذلك حتى لا يضار العضو فيحرم من مزايا كانت تدركه لو أنه رقى الى هذه الوظيفة الأعلى . ولما كان نائب رئيس محكمة النقض منذ بلوغ مرتبه نهاية مربوط وظيفته واستحقاقه المخصصات المالية لرئيس محكمة النقض كاملة ، يغدو بذلك فى ذات المستوى المالى لدرجته ويساوى معه تماما فى المعاملة المالية ، مما يستتبع انقاذا للتسوية بينهما فى هذا الشأن أن يعاملا من حيث المعاش معاملة واحدة تحقيقا للمساواة التى هدف إليها الشارع ولقيام التماثل فى المرتب الذى يتحقق به التعادل بدرجة الوزير فى مجال تطبيق أحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى المشار إليه ، وهو الأمر الذى حدا الشارع الى النص فى جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية على أن «يعامل رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام المعاملة المقررة لرئيس محكمة النقض من حيث المعاش» وكذلك النص فى جداول المرتبات الملحقة بقانون مجلس الدولة وقانون هيئة النيابة الادارية وقانون هيئة قضايا الدولة على أن يعامل رؤساء الهيئات القضائية الثلاث المعاملة المقررة لرئيس محكمة النقض من حيث المعاش ، وذلك تحقيقا للمساواة فى المعاملة التقاعدية بين من تماثلت مرتباتهم من أعضاء الهيئات القضائية .

وحيث أن المادة ١٨ مكررا من قانون التأمين الاجتماعى سالف الذكر - المضافة بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ - تنص على أنه «يستحق المعاش عن الأجر المتغير أيا كانت مدة اشتراك المؤمن عليه عن هذا الأجر وذلك متى توافرت فى شأنه احدى حالات استحقاق المعاش عن الأجر الأساسى ...» كما تنص المادة الثانية

عشرة من القانون الأخير - بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ - على أن «تحسب الحقوق المقررة بقانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ عن كل من الأجر الأساسى والأجر المتغير قائمة بذاتها وذلك مع مراعاة الآتى : ١) .... ٢) ..... ٣) .... ٤) يجمع المؤمن عليه أو صاحب المعاش بين المعاش المستحق عن الأجر الأساسى والمعاش المستحق عن الأجر المتغير بدون حدود وذلك باستثناء الحالات التى تكون تسوية المعاش فيها وفقا لنص المادة (٣١) من قانون التأمين الاجتماعى المشار إليه أفضل للمؤمن عليه ، فيكون الجمع بين معاش الأجر الأساسى ومعاش الأجر المتغير بما لا يجاوز مجموع هذين الأجرين . ٥) ... ٦) .... ٧) لا تسرى الأحكام المنصوص عليها فى قوانين خاصة فى شأن الحقوق المستحقة عن الأجر المتغير وذلك باستثناء ما جاء فى هذه القوانين من معاملة بعض فئاتها بالمادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى المشار إليه .... وفى تطبيق المادة المشار إليها يراعى ما يأتى : (أ) .... (ب) يستحق المعاش عن الأجر المتغير بالقدر المنصوص عليه فى البند أولا من المادة المشار إليها طالما توافرت شروط تطبيق هذا البند فى شأن معاش الأجر الأساسى وذلك أيا كانت مدة اشتراك المؤمن عليه عن الأجر المتغير ....»

مما مفاده أن مناط استحقاق معاش الأجر المتغير أن يكون المؤمن عليه قد توافرت فيه احدى حالات استحقاق المعاش عن الأجر الأساسى أيا كانت مدة اشتراكه فى التأمين عن الأجر المتغير فاذا استحق المؤمن عليه معاملته من حيث معاش الأجر الأساسى المعاملة المقررة للوزير أو لنائب الوزير طبقا لنص المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى ، فان هذه المعاملة تسرى أيضا على المعاش المستحق عن الأجر المتغير ، وهو ما أكده الشارع فى المادة الثانية عشرة سالفة الذكر - لدى تنظيمه لبعض أحكام الحقوق المستحقة عن الأجر المتغير حين نص على سريان ما جاء فى القوانين الخاصة من أحكام بشأن معاملة بعض فئاتها بالمادة (٣١) من قانون التأمين الاجتماعى المشار إليه .

وحيث انه على مقتضى ما تقدم فان نائب رئيس محكمة الاستئناف ومن فى درجته من أعضاء النيابة العامة ، يعتبر فى حكم درجة نائب وزير ويعامل معاملته من حيث المعاش المستحق عن الأجر الأساسى والمعاش المستحق عن الأجر المتغير وذلك منذ بلوغ مرتبه المرتب المقرر لنائب الوزير سواء حصل عليه فى حدود مربوط وظيفته أو فى حدود مربوط الوظيفة الأعلى مباشرة عملا بنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية ، فاذا رقى رئيسا لاحدى محاكم الاستئناف الأخرى أو عين فى احدى الوظائف القضائية الأخرى المعادلة لها - وهى نواب رئيس محكمة النقض والنواب العامين المساعدين - اعتبر فى حكم درجة الوزير وعومل معاملته من حيث المعاش المستحق عن الأجر الأساسى والمعاش المستحق عن الأجر المتغير وهى المعاملة التأمينية المقررة لرئيس محكمة النقض - وذلك منذ بلوغه المرتب المقرر لرئيس محكمة النقض اعمالا لنص الفقرة الأخيرة من القواعد المشار إليها وذلك تطبيقا لقاعدة التماثل فى المرتب التى تعتبر أساسا للتعادل بدرجة الوزير من حيث المعاش .

وحيث أن المشرع أطرد فى تنظيم المعاملة

المالية لأعضاء الهيئات القضائية كافة على منهج مؤداه التسوية تماما بين شاغلي وظائف القضاء والنيابة العامة فى قانون السلطة القضائية وبين الوظائف المقابلة لها فى الهيئات القضائية الأخرى سواء فى المخصصات المالية المقررة لها من مرتبات وبدلات وغيرها أو فى المعاشات المقررة لشاغليها بعد انتهاء خدمتهم حتى غدا مبدأ المساواة بينهم فى هذا الخصوص أصلا ثابتا بتنظيم المعاملة المالية بكافة جوانبها فى المرتبات والمعاشات على حد سواء ، يؤكد ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ من أنه «فيما عدا ما نص عليه فى هذا الفصل تسرى فى شأن أعضاء المحكمة جميع الضمانات والمزايا والحقوق والواجبات المقررة بالنسبة الى مستشارى محكمة النقض وفقا لقانون السلطة القضائية «مما مفاده التسوية - فى المزايا والحقوق بين أعضاء المحكمة الدستورية العليا وبين أقرانهم من أعضاء محكمة النقض وهم نوابها الذين يشغلون وظائف متماثلة فى مربوطها المالى ، وكذلك ما نصت عليه المادة ١٢٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ من أنه «تحدد مرتبات أعضاء مجلس الدولة بجميع درجاتهم وفقا للجدول الملحق بهذا القانون ...

وتسرى فيما يتعلق بهذه المرتبات والبدلات والمزايا الأخرى وكذلك بالمعاشات وبنظامها جميع الأحكام التى تقرر فى شأن الوظائف المماثلة بقانون السلطة القضائية» ، وما نصت عليه المادة الأولى من القانون ٨٨ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء النيابة الادارية من أنه «تحدد وظائف ومرتبات وبدلات أعضاء النيابة الادارية وفقا للجدول الملحق بهذا القانون ، وتسرى فيما يتعلق بهذه المرتبات والبدلات وكذلك بالمعاشات وبنظامها جميع الأحكام المقررة والتى تقرر فى شأن أعضاء النيابة العامة» ، وما أكدته المادة ٣٨ مكررا من القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ باعادة تنظيم النيابة الادارية والمحاكمات التأديبية - المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٩ - بالنص على أن «يكون شأن أعضاء النيابة الادارية فيما يتعلق بشروط التعيين والمرتبات والبدلات ... والمعاشات شأن أعضاء النيابة العامة» . وكذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء هيئة قضايا الدولة من أنه «تحدد وظائف ومرتبات وبدلات أعضاء هيئة قضايا الدولة وفقا للجدول الملحق بهذا القانون . وتسرى فيما يتعلق بهذه المرتبات والبدلات والمزايا الأخرى وكذلك بالمعاشات وبنظامها جميع الأحكام المقررة والتى تقرر فى شأن الوظائف المماثلة بقانون السلطة القضائية» . وهذه النصوص واضحة الدلالة على قصد الشارع فيما يستهدفه من اقرار المساواة فى المعاملة المالية بين أعضاء الهيئات القضائية بالمحكمة الدستورية العليا ومجلس الدولة وهيئة النيابة الادارية وهيئة قضايا الدولة وبين أقرانهم من شاغلى الوظائف المقابلة فى القضاء والنيابة

سواء فى المخصصات المالية المقررة لهذه الوظائف من مرتبات وبدلات ومزايا أخرى أو فى المعاشات المستحقة لشاغليها بعد انتهاء خدمتهم ، وذلك على أساس اعتبار القواعد المنظمة للمخصصات والمعاشات المقررة لوظائف القضاء والنيابة العامة أصلا يجرى حكمه على المخصصات والمعاشات المستحقة لشاغلى الوظائف المقابلة لها فى الهيئات القضائية الأخرى . ومن ثم فان ما يسرى على نواب

رؤساء محاكم الاستئناف ومن فى درجتهم من أعضاء النيابة العامة يسرى كذلك على شاغلى الوظائف القضائية المقابلة لها بالمحكمة الدستورية العليا ومجلس الدولة وهيئة النيابة الادارية وهيئة قضايا الدولة ، وما ينطبق على نواب رئيس محكمة النقض ومن فى درجتهم من رجال القضاء والنيابة العامة ينطبق أيضا على شاغلى الوظائف المقابلة بالهيئات القضائية المذكورة ، وهم أعضاء المحكمة الدستورية العليا ونواب رئيس مجلس الدولة ونواب رئيس هيئة النيابة الادارية ونواب رئيس هيئة قضايا الدولة ، وذلك فيما يتعلق بالمعاشات وبنظامها بحيث يعامل كل من أعضاء الهيئات القضائية المشار إليها من حيث المعاش ذات المعاملة المستحقة لقرينة من شاغلى الوظائف القضائية المعادلة فى قانون السلطة القضائية وذلك دون الاخلال بما هو مقرر لأعضاء المحكمة الدستورية العليا من بدء معاملة كل منهم معاملة نائب الوزير من حيث المعاش ولو لم يبلغ المرتب المقرر لنائب الوزير حاليا متى بلغ مرتبه ٢٥٠٠ جنيه فى السنة اعمالا لما يقضى به البند (٤) من قواعد جدول الوظائف والمرتبات والبدلات الخاص بأعضاء المحكمة الملحق بقانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، فاذا بلغ مرتب العضو المرتب المقرر لرئيس محكمة النقض اعتبر فى حكم درجة الوزير منذ بلوغ مرتبه هذا القدر وعومل معاملته من حيث المعاش شأنه فى ذلك شأن باقى أعضاء الهيئات القضائية ممن يشغلون وظائف مماثلة .

لهذه الاسباب :

وبعد الاطلاع على نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون التأمين الاجتماعى والمادة ٣١ من هذا القانون .

ونظرا لارتباط فقرات المادة ٣١ من القانون المشار اليه ارتباط لا يقبل الفصل أو التجزئة فى مجال تطبيقها على من سبق أن تقلد منصبى وزير ونائب وزير أو شغل الوظائف القضائية المعادلة لهما . وذلك وفق ما تقدم من هذه الأسباب .

قـررت المحكمة :

فى تطبيق أحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، يعتبر نائب رئيس محكمة النقض ومن فى درجته من أعضاء الهيئات القضائية فى حكم درجة الوزير ويعامل معاملته من حيث المعاش المستحق عن الأجر الأساسى والمعاش المستحق عن الأجر المتغير وذلك منذ بلوغه المرتب المقرر لرئيس محكمة النقض كما يعتبر نائب رئيس محكمة الاستئناف ومن فى درجته من أعضاء الهيئات القضائية فى حكم درجة نائب الوزير ويعامل معاملته من حيث المعاش المستحق عن الأجر الأساسى والمعاش المستحق عن الأجر المتغير وذلك منذ بلوغه المرتب المقرر لنائب الوزير ، ولو كان بلوغ العضو المرتب المماثل فى الحالتين اعمالا لنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جداول المرتبات المضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام قوانين الهيئات القضائية .

القضية رقم ٣ لسنة ٨ ق (تفسير)

(٣)
جلسة ١٩٩٠/٥/١٩

الاجـراءات :

بتاريخ ١٦ ديسمبر سنة ١٩٨٧ ورد الى قلم المحكمة ملف الدعوى رقم ٢٥١٦ لسنة ٤١ قضائية ، بعد أن قضت محكمة القضاء الادارى - دائرة منازعات الأفراد والهيئات - فى ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ بوقف الفصل فى طلب الالغاء واحالة الدعوى الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية الفقرة الأولى من المادة الثالثة والمادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة عدة مذكرات طلبت فيها الحكم أصليا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى واحتياطيا بعدم قبولها وفى الموضوع برفضها .

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة اصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمـة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على مايبين من قرار الاحالة وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٢٥١٦ لسنة ٤١ قضائية أمام محكمة القضاء الادارى - دائرة منازعات الأفراد والهيئات - طالبا الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين الى انتخاب أعضاء مجلس الشعب المحدد له يوم ٦ ابريل سنة ١٩٨٧ وفقا لأحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقمى ١١٤ لسنة ١٩٨٣ و ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وبوقف تنفيذ القرار السلبى للمدعى عليهم بالامتناع عن تعديل عدد ومساحات وتقسيم الدوائر الانتخابية بما يتفق مع نظام الانتخاب الفردى ، والحكم فى الموضوع بالغاء هذين القرارين . وبجلسة ٣ مارس سنة ١٩٨٧ أضاف المدعى أمام المحكمة المذكورة طلبا عارضا للحكم له بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية رقم ١٤١ لسنة ١٩٨٧ بتحديد ميعاد قبول طلبات الترشيح لعضوية مجلس الشعب . وبجلسة ١٠ مارس ١٩٨٧ حضر الأستاذ محمد بهاء الدين محمد عبد العليم المحامى بصفته مرشحا فرديا فى انتخابات أعضاء مجلس الشعب عن الدائرة الأولى بمحافظة المنيا وطلب قبول تدخله فى الدعوى خصما منضما للمدعى فى جميع طلباته فيها . وقد استند المدعى فى طلب الحكم له بهذه الطلبات الى أن القرارات المطعون عليها جميعها صدرت بناء على قانون مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وهو قانون مخالف للدستور للأسباب التى ارتكن اليها فى دعواه . واذا تراءى لمحكمة القضاء الادارى عدم دستورية القانون المشار اليه ، فقد قضت فى ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ «أولا : بالنسبة لطلبى وقف تنفيذ والغاء قرار رئيس الجمهورية بالدعوة الى الانتخابات المحدد لها يوم ١٩٨٧/٤/٦ وكذا وقف تنفيذ والغاء القرار السلبى بالامتناع عن تعديل عدد ومساحات وتقسيم الدوائر الانتخابية :

بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الطعن على هذين القرارين ..... (ثانيا) بالنسبة لطلب وقف تنفيذ قرارى وزير الداخلية المطعون عليهما : (١) برفض الدفعين بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الطعن عليهما وبعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة ومصلحة المدعي وبقبول الدعوى شكلا . (٢) وبقبول تدخل الأستاذ محمد بهاء الدين محمد عبد العليم المحامى خصما منضما للمدعى فى طلباته . (٣) وفى الطلب المستعجل برفض طلب وقف تنفيذ القرارين المطعون فيهما . (٤) وأوقفت الفصل فى طلب الالغاء وأمرت باحالة الدعوى الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية المادتين الثالثة فقرة أولى والخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦» . وقد طعنت الحكومة على هذا الحكم – فى شقه الخاص بوقف الفصل فى طلب الالغاء والاحالة الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية – أمام المحكمة الادارية العليا بالطعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٣٣ قضائية ، وطلبت – للأسباب التى استندت اليها – الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم المطعون عليه فى شقه موضوع الطعن ، وفى الموضوع بالغاء الحكم المطعون عليه فيما قضى به فى هذا الخصوص . وبتاريخ ٧ ديسمبر سنة ١٩٨٧ قضت دائرة فحص الطعون بالمحكمة الادارية العليا باجماع الآراء برفض الطعن والزام الجهة الادارية المصروفات .

وحيث أن الحكومة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا على أن الطعن الدستورى الماثل يرد على المادتين الثالثة فقرة أولى والخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما نصت عليه من تقسيم الدوائر الانتخابية وتحديد عددها ونطاق كل دائرة ومكوناتها وعدد الأعضاء الممثلين لها والجمع فى كل دائرة انتخابية بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية ونظام الانتخاب الفردى . واذ لم يحدد الدستور الدوائر الانتخابية التى تقسم اليها الدولة ودون أن يضع قيودا فى شأن تحديد عددها أو عدد النواب الممثلين لكل دائرة منها ، وانما ترك ذلك كله للسلطة التشريعية تجريه بما لها من سلطة تقديرية ، ومن ثم لا يكون للمحكمة الدستورية العليا التعقيب على تقسيم الدوائر الانتخابية وتحديد نطاقها وعددها لأن ذلك يعد من المسائل السياسية التى تخرج عن ولاية المحكمة اذ هى لا تملك الزام المشرع بتحديد عدد الدوائر الانتخابية أو تقسيمها على نحو معين .

وحيث أن هذا الدفع مردود بأن القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب – الذى يتضمن المادتين محل الطعن الماثل – قد صدر فى شأن يتعلق بحق الترشيح لعضوية مجلس الشعب ، وهو من الحقوق السياسية التى كفلها الدستور ، والتى ينبغى على سلطة التشريع ألا تنال منها والا وقع عملها مخالفا لأحكام ، ومن ثم لا يكون النصان المطعون عليهما قد تناولا مسائل سياسية تنأى عن الرقابة القضائية الدستورية على نحو ما ذهبت اليه الحكومة ، ويكون الدفع المبدى منها بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى على غير أساس متعينا رفضه .

وحيث أنه وان كان الثابت أن المدعى سبق أن أقام الدعوى الدستورية رقم ١٣١ لسنة ٦

قضائية بالطعن على بعض مواد القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ ومن بينها المادتان الثالثة والخامسة مكررا منه قبل تعديلهما بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، ألا أنه لما كان الطعن فى الدعوى الراهنة واردا على الفقرة الأولى من المادة الثالثة والمادة الخامسة مكررا من القانون المشار اليه بعد تعديلهما بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، ومن ثم فان محل الطعن فى كل من الدعويين يكون مختلفا ، ولا يكون للحكم الصادر في الدعوى الدستورية السابقة حجية مانعة من نظر الدعوى الماثلة .

وحيث أن الحكومة دفعت بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة تأسيسا على أن قرار وزير الداخلية رقم ١٤١ لسنة ١٩٨٧ بتحديد ميعاد قبول طلبات الترشيح لعضوية مجلس الشعب والمطعون عليه فى الدعوى الموضوعية أمام محكمة القضاء الادارى ، قد أصدره وزير الداخلية استنادا الى السلطة المخولة له طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون مجلس الشعب المشار اليه ، ولا شأن له بنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة أو المادة الخامسة مكررا المطعون عليهما بعدم الدستورية ، مما تنتفى معه مصلحة المدعى فى الطعن على هاتين المادتين .

وحيث أن هذا الدفع - بالنسبة الى المادة الخامسة مكررا من القانون المشار اليه - مردود بأن قرار وزير الداخلية المطعون عليه بالالغاء اذ نص على قبول طلبات الترشيح لعضوية مجلس الشعب ابتداء من التاريخ الذى حدده ، انما يعنى بداهة اجراء الترشيح لهذه العضوية طبقا لنصوص القانون الذى استند اليه القرار المذكور ، وهو القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، ومن بينها نص المادة الخامسة مكررا سالفة الذكر . لما كان ذلك وكانت الدعوى الموضوعية مازالت مطروحة أمام محكمة القضاء الادارى بما تضمنته من طلب الغاء قرار وزير الداخلية المشار اليه مرتكزا - فيما استند اليه - على الطعن بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة انتخابية «عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفرذى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية» مستهدفا بذلك ابطال هذا النص واعدام أثره بما يترتب عليه من افصاح الفرص المتاحة للمرشحين الأفراد للفوز بالعضوية ، وكان من شأن الحكم الصادر فى الدعوى الماثلة التأثير فى طلبه الموضوعى محددا على النحو السالف بيانه ، فان الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة يكون فى غير محله متعينا رفضه .

وحيث أن الأستاذ محمد بهاء الدين محمد عبد العليم المحامى قدم - أثناء تحضير الدعوى الماثلة أمام هيئة المفوضين - طلبا بقبول تدخله فيها خصما منضما للمدعى فى طلباته .

وحيث أنه يشترط لقبول طلب التدخل الانضمامى طبقا لما تقضى به المادة ١٢٦ من قانون المرافعات أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة فى الانضمام لأحد الخصوم فى الدعوى . ومناط المصلحة فى الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الطالب فى ذات الدعوى الموضوعية التى أثير فيها الدفع بعدم الدستورية وذلك بأن يكون الحكم فى هذا الدفع مؤثرا على الحكم فيما أبداه طالب التدخل أمام محكمة

الموضوع من طلبات لما كان ذلك وكان الثابت من حكم الاحالة الصادر من محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ٢٥١٦ لسنة ٤١ قضائية بتاريخ ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ أن طالب التدخل حضر أمام المحكمة المذكورة بصفته مرشحا فرديا فى انتخابات مجلس الشعب عن الدائرة الأولى بمحافظة المنيا وطلب قبول تدخله فى الدعوى خصما منضما للمدعى فى جميع طلباته فيها والتمس الحكم له بهذه الطلبات ، وقد قضت محكمة القضاء الادارى فى حكمها المشار اليه بقبول تدخله بهذه الصفة ، فأصبح بذلك طرفا فى الدعوى الموضوعية التى أثير فيها الدفع بعدم الدستورية وثبتت له بالتالى صفة الخصم التى تسوغ اعتباره من ذوى الشأن فى الدعوى الدستورية الذين تتوافر لهم المصلحة فى تأييدها .

وحيث أن نطاق الطعن الدستورى الماثل – حسبما حدده حكم الاحالة – يقتصر على الفقرة الأولى من المادة الثالثة والمادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ واللتين يجرى نصهما بالآتى :

المادة الثالثة الفقرة الأولى : «تقسم جمهورية مصر العربية الى ثمان وأربعين دائرة انتخابية ويكون تحديد نطاق كل دائرة ومكوناتها ، وكذلك عدد الأعضاء الممثلين لها وفقا للجدول المرافق لهذا القانون» .

المادة الخامسة مكررا : «يكون انتخاب اعضاء مجلس الشعب عن طريق الجمع فى كل دائرة انتخابية بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية ونظام الانتخاب الفردى ، بحيث يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية . ويكون لكل حزب قائمة خاصة ، ولا يجوز أن تتضمن القائمة الواحدة أكثر من مرشحى حزب واحد ، ويحدد لكل قائمة رمز يصدر به قرار من وزير الداخلية ويجب أن تتضمن كل قائمة عددا من المرشحين مساويا لعدد الأعضاء الممثلين للدائرة طبقا للجدول المرافق ناقصا واحدا ، كما يجب أن يكون نصف المرشحين بكل قائمة حزبية على الأقل من العمال والفلاحين ، على أن يراعى اختلاف الصفة فى تتابع أسماء المرشحين بالقوائم . وعلى الناخب أن يبدى رأيه باختيار احد القوائم بأكملها ، دون أجراء أى تعديل فيها ، وتبطل الأصوات التى تنتخب أكثر من قائمة أو مرشحين من أكثر من قائمة أو تكون معلقة على شرط أو اذا أثبت الناخب رأيه على قائمة غير التى سلمها اليه رئيس اللجنة أو على ورقة عليها توقيع الناخب أو أية اشارة أو علامة تدل عليه ، كما تبطل الأصوات التى تعطى لأكثر من العدد الوارد بالقائمة أو لأقل من هذا العدد فى غير الحالات المنصوص عليها فى المادة السادسة عشرة من هذا القانون . ويجرى التصويت لاختيار المرشح الفرد عن كل دائرة فى الوقت ذاته الذى يجرى فيه التصويت على القوائم الحزبية ، وذلك فى ورقة مستقلة . ويحدد لكل مرشح فرد رمز أو لون مستقل يصدر به قرار من وزير الداخلية . وتبطل الاصوات التى تنتخب اكثر من مرشح واحد أو تكون معلقة على شرط أو اذا اثبت الناخب رأيه على ورقة غير التى سلمها اليه رئيس اللجنة أو على ورقة

عليها توقيع الناخب أو أية اشارة أو علامة اخرى تدل عليه» .

وحيث أن النعى على هذين النصين يقوم على أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المشار اليه اذ قضت بتقسيم الدولة الى ثمان وأربعين دائرة انتخابية واذ نصت المادة الخامسة مكررا منه على الجمع بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية ونظام الانتخاب الفردى فى كل دائرة من هذه الدوائر الكبرى على اتساع مساحاتها وترامى أطرافها وضخامة عدد سكانها ، فانه يستحيل على المرشح الفردى المستقل مباشرة حقه الدستورى فى الترشيح على قدم المساواة وفى منافسة انتخابية متكافئة مع مرشحى القوائم المنتمين لأحزاب سياسية تساندهم بامكانياتها المادية والبشرية التى تعجز عنها طاقة الفرد ، كما أنه لم يراع فى تقسيم الدوائر الانتخابية مبدأ المساواة التقريبية بين عدد الناخبين الذين يمثلهم النائب فى كل دائرة مما يترتب عليه اختلاف الوزن النسبى لصوت الناخب من دائرة الى أخرى ، فضلا عن التمييز بين المرشحين بحسب انتماءاتهم السياسية حيث حدد القانون لنظام الانتخاب الفردى فى جميع الدوائر الانتخابية ثمانية وأربعين مقعدا نيابيا بواقع مقعد واحد فى كل دائرة انتخابية يتنافس عليه المرشحون المستقلون مع غيرهم من أعضاء الاحزاب السياسية ، بينما ترك لمرشحى القوائم الحزبية على مستوى الجمهورية باقى المقاعد النيابية التى يبلغ عددها أربعمائة مقعد ، وكل ذلك يؤدى الى المساس بحق الترشيح والاخلال بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بالمخالفة للمواد ٨ و ٤٠ و ٦٢ من الدستور ، بالاضافة الى أن المادة الخامسة مكررا المطعون عليها لم تشترط فى المرشح الفرد صفة معينة ، ولم تبين الكيفية التى تؤدى الى تحقق النسبة المخصصة للعمال والفلاحين مما يخالف المادة ٨٧ من الدستور فيما تضمنته من النص على أن يكون نصف أعضاء مجلس الشعب على الأقل من العمال والفلاحين .

وحيث أن الدستور هو القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضفى عليه صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئلها وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها ، وحق لقواعده أن تستوى على القمة من البناء القانونى للدولة وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الآمرة التى يتعين على الدولة التزامها فى تشريعها وفى قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية ، ودون أى تفرقة أو تمييز - فى مجال الالتزام بها - بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، ذلك أن هذه السلطات كلها سلطات مؤسسة أنشأها الدستور ، تستمد منه وجودها وكيانها ، وهو المرجع فى تحديد وظائفها ، ومن ثم تعتبر جميعها أمام الدستور على درجة سواء ، وتقف كل منها مع الأخرى على قدم المساواة ، قائمة بوظيفتها الدستورية متعاونة فيما بينها فى الحدود المقررة لذلك ، خاضعة لأحكام الدستور الذى له وحده الكلمة العليا وعند أحكامه تنزل السلطات العامة جميعا . والدول فى ذلك انما تلتزم أصلا من أصول الحكم الديمقراطى ، وهو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور ، وهو ما حرص الدستور

القائم على تقريره بالنص فى المادة ٦٤ منه على أن «سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة وفى المادة ٦٥ منه على أن «تخضع الدولة للقانون ...» ولا ريب فى أن المقصود بالقانون فى هذا الشأن هو القانون بمعناه الموضوع الأعم الذى يشمل كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها ، ويأتى على رأسها وفى الصدارة منها الدستور بوصفه أعلى القوانين وأسماها . واذ كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصلا مقررا وحكما لازما لكل نظام ديمقراطى سليم ، فانه يكون لزاما على كل سلطة عامة أيا كان شأنها وأيا كانت وظيفتها وطبيعة الاختصاصات المسندة اليها ، النزول عند قواعد الدستور ومبادئه والتزام حدوده وقيوده ، فان هى خالفتها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور ، وخضع - متى نصت المخالفة على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور الى المحكمة الدستورية العليا بوصفها الهيئة القضائية العليا التى اختصاصها دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح بغية الحفاظ على أحكام الدستور وصونها وحمايتها من الخروج عليها .

وحيث أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على تقرير الحريات والحقوق العامة فى صلبها قصدا من الشارع الدستورى أن يكون النص عليها فى الدستور قيدا على المشرع العادى فيما يسنه من قواعد وأحكام وفى حدود ما أراده الدستور لكل منها من حيث اطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعيا فاذا خرج المشرع فيما يقرره من تشريعات على هذا الضمان الدستورى ، بأن قيد حرية أو حقا ورد فى الدستور مطلقا أو أهدر أو انتقص من أيهما تحت ستار التنظيم الجائز دستوريا ، وقع عمله التشريعى مشوبا بعيب مخالفة الدستور .

وحيث أن الدستور القائم قد أفرد الباب الثالث منه «للحريات والحقوق والواجبات العامة» وصدر هذا الباب بالنص فى المادة ٤٠ منه على أن «المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة لاتمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة» . فكان الحق فى المساواة أمام القانون هو أول مانص عليه الدستور فى الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة ، وجاء فى الصدارة منها باعتبار أن هذا الحق هو أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعى ، وعلى تقدير أن الغاية التى يستهدفها تتمثل أصلا فى صون حقوق المواطنين وحرياتهم فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أو تقيد ممارستها ،

وأضحى هذا المبدأ فى جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التى لا يقتصر تطبيقها على الحريات والحقوق العامة المنصوص عليها فى الدستور ، بل ينسحب مجال أعمالها الى الحقوق التى يقررها القانون العادى ويكون مصدرا لها . ولئن نص الدستور فى المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين فى أحوال بينتها وهى التى يقوم التمييز فيها على أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، الا أن ايراد الدستور لصور بعينها يكون التمييز محظورا فيها ، مرده الى أنها الأكثر شيوعا فى الحياة العملية ولا يدل بالتالى على انحصاره فيها دون غيرها ، اذ لو قيل بأن التمييز المحظور دستوريا لا يقوم الا فى الأحوال التى بيّنتها المادة ٤٠ المشار اليها ، لكان التمييز فيما عداها غير مناقض للدستور ، وهو نظر لا يستقيم مع المساواة التى كفلها ويتناقض مع الغاية المقصودة من ارسائها ، يؤيد ذلك أن من صور التمييز التى لم تصرح المادة المذكورة بالاشارة اليها ما لا يقل

فى أهميتها وخطورة الآثار المترتبة عليها عن تلك التى عنيت بابرازها كالتمييز بين المواطنين فى مجال الحريات والحقوق العامة التى كفلها الدستور لاعتبار يتعلق بالمولد أو المركز الاجتماعى أو الانتماء الطبقى أو الانحياز لرأى بذاته سياسيا كان هذا الرأى أو غير سياسى ، مما يؤكد أن ألوان التمييز على اختلافها التى تتناقض فى محتواها مع مبدأ المساواة وتهدر الأساس الذى يقوم عليه انما يحتم اخضاعها جميعا لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة قضائية لضمان احترام مبدأ المساواة فى جميع مجالات تطبيقه وبدهى أن المساواة المنصوص عليها فى المادة ٤٠ من الدستور لاتعنى أنها مساواة فعلية يتساوى بها المواطنون فى الحريات والحقوق أيا كانت مراكزهم القانونية ، بل هى مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية التى ترتد فى أساسها الى طبيعة الحق الذى يكون محلا لها وما تقتضيه ممارسته من متطلبات ذلك أن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التى يتساوى بها الأفراد أمام القانون ، بحيث اذا توافرت هذه الشروط فى طائفة من الأفراد وجب اعمال المساواة بينهم لتماثل مراكزهم القانونية ، وان اختلفت هذه المراكز بأن توافرت فى البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم .

وحيث ان الدستور نص فى المادة ٦٢ منه - التى وردت أيضا فى الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة - على أن «للمواطن حق الانتخاب والترشيح وابداء الرأى فى الاستفادة وفقا لأحكام القانون . ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى » . مما مفاده أن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى هذه المادة - ومن بينها حق الترشيح الذى عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حقى الانتخاب وابداء الرأى فى الاستفتاء - اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التى حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان اسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثليهم فى ادارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة وعلى أساس أن حقى الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولا تتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة اذا هما أفرغا من المضمون الذى يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة ، ومن ثم كان هذان الحقان لازمين لزوما حتميا لأعمال الديمقراطية فى محتواها المقرر دستوريا ولضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة فى حقيقتها عن الارادة الشعبية ومعبرة تعبيرا صادقا عنها . ولذلك لم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن فى ممارسته تلك الحقوق السياسية ، وانما جاوز ذلك الى اعتبار مساهمته فى الحياة العامة عن طريق ممارسته لها واجبا وطنيا يتعين القيام به فى أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية التى تعتبر قواما لكل تنظيم يرتكز على ارادة هيئة الناخبين . ولئن كانت المادة ٦٢ من الدستور قد أجازت للمشرع العادى تنظيم الحقوق السياسية الثلاثة بما نصت عليه من أن ممارسة هذه الحقوق تكون «وفقا لأحكام القانون» ، فانه يتعين عليه من أن يراعى فى القواعد التى يتولى وضعها تنظيما لتلك الحقوق ألا تؤدى الى مصادرتها أو الانتقاص منها وألا تنطوى على التمييز المحظور دستوريا أو تتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة لجميع المواطنين ممن تتماثل مراكزهم القانونية وبوجه عام ألا يتعارض التنظيم التشريعى لتلك الحقوق مع أى

نص فى الدستور بحيث يأتى التنظيم مطابقا للدستور فى عموم قواعده وأحكامه .

وحيث أن المادة الخامسة من الدستور اذ تنص - بعد تعديلها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - على أن يقوم النظام السياسى فى جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب وذلك فى اطار المقومات والمبادىء الأساسية للمجتمع المصرى المنصوص عليها فى الدستور .... «انما قصد بهذا التعديل الدستورى العدول عن التنظيم الشعبى الوحيد ممثلا فى الاتحاد الاشتراكى العربى الذى كان مهيمنا وحده على العمل الوطنى ومسيطرا عليه فى مجالاته المختلفة سيطرة لا تتحقق بها للديمقراطية مفهومها المتجانس مع طبيعتها ، الى تعدد الأحزاب ليقوم عليه النظام السياسى فى الدولة ،

باعتبار أن هذه التعددية الحزبية انما تستهدف أساسا الاتجاه نحو تعميق الديمقراطية وارساء دعائمها فى اطار حقى الانتخاب والترشيح اللذين يعتبران مدخلا وقاعدة أساسية لها ، ومن ثم كفلهما الدستور للمواطنين كافة الذين تنعقد لهم السيادة الشعبية ويتولون ممارستها على الوجه المبين فى الدستور . وليس أدل على ذلك من أن التعددية الحزبية هى التى تحمل فى أعطافها تنظيما تتناقض فيه الآراء أو تتوافق ، تتعارض أو تتلاقى ، ولكن المصلحة القومية تظل اطارا لها ومعيارا لتقييمها وضابطا لنشاطها ، وهى مصلحة يقوم عليها الشعب فى مجموعه ويفرض من خلالها قيادته السياسية وانتماءاته الوطنية ، ولم تكن التعددية الحزبية بالتالى وسيلة انتهجها الدستور لابدال سيطرة بأخرى ، وانما نظر اليها الدستور باعتبارها طريقا قويما للعمل الوطنى من خلال ديمقراطية الحوار التى تتعدد معها الآراء وتتباين على أن يظل الدور الذى تلعبه الأحزاب السياسية مرتبطا فى النهاية بارادة هيئة الناخبين فى تجمعاتها المختلفة ، وهى ارادة تبلورها عن طريق اختيارها الحر لممثليها فى المجالس النيابية وعن طريق الوزن الذى تعطيها بأصواتها للمتزاحمين على مقاعدها وهو ما حرص الدستور على توكيده والنص عليه فى صريح مواده حين كفل للمواطنين حقى الانتخاب والترشيح وجعلهم سواء فى ممارسة هذين الحقين ولم يجز التمييز بينهم فى أسس مباشرتهما ولا تقرير أفضلية لبعض المواطنين على بعض فى أى شأن يتعلق بهما ، وانما أطلق هذين الحقين للمواطنين - الذين تتوافر فيهم الشروط المقررة لذلك - على اختلاف انتماءاتهم وآرائهم السياسية لضمان أن يظل العمل الوطنى جماعيا لا امتياز فيه لبعض المواطنين على بعض . ومن خلال هذه الجهود المتضافرة فى بناء العمل الوطنى تعمل الأحزاب السياسية متعاونة مع غير المنتمين اليها فى ارساء دعائمه وبذلك يتحدد المضمون الحق لنص المادة الثالثة من الدستور التى لاتعقد السيادة الشعبية لفئة دون أخرى ولا تفرض سيطرة لجماعة بذاتها على غيرها ، وفى هذا الاطار تكمن قيمة التعددية الحزبية باعتبارها توجها دستوريا نحو تعميق مفهوم الديمقراطية التى لا تمنح الأحزاب السياسية دورا فى العمل الوطنى يجاوز حدود الثقة التى توليها هيئة الناخبين لمرشحيها الذين يتنافسون مع غيرهم وفقا لأسس موضوعية لا تحدها عقيدة من أى نوع ولا يقيدها شكل من أشكال الانتماء سياسيا ، كان أو غير سياسى وعلى أن تتوافر للمواطنين جميعا - الذين تتوافر فيهم الشروط المقررة لذلك - الفرص ذاتها - التى يؤثرون من خلالها وبقدر متساو فيما

بينهم - فى تشكيل السياسية القومية وتحديد ملامحها النهائية . ومما يؤكد ذلك أن المادة الخامسة من الدستور عندما نصت على نظام تعدد الأحزاب ، لم تتضمن النص على الزام المواطنين بالانضمام الى الأحزاب السياسية أو تقييد مباشرة الحقوق السياسية المنصوص عليها فى المادة ٦٢ من الدستور بضرورة الانتماء الحزبى مما يدل بحكم اللزوم عل تقرير حرية المواطن فى الانضمام الى الأحزاب السياسية أو عدم الانضمام اليها وفى مباشرة حقوقه السياسية المشار اليها من خلال الأحزاب السياسية أو بعيدا عنها مادام أن النص فى المادة ٦٢ من الدستور

على كفالة هذه الحقوق السياسية قد جاء رهينا بصفة «المواطنة» فحسب طليقا من قيد الحزبية ، يقطع فى دلالة ذلك أن المادة الخامسة من الدستور عندما نصت على تعدد الأحزاب ليقوم على أساسه النظام السياسى فى الدولة قيدته بأن يكون النظام الحزبى دائرا فى اطار المقومات والمبادىء الأساسية للمجتمع المصرى ، ولا شك فى أن مبدأى تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون وهما - من المقومات والمبادىء الأساسية المعنية فى هذا الشأن - يوجبان معاملة المرشحين كافة معاملة قانونية واحدة وعلى أساس من تكافؤ الفرص للجميع دون أى تمييز يستند الى الصفة الحزبية» ، اذ يعتبر التمييز فى هذه الحالة قائما على أساس اختلاف الآراء السياسية الأمر المحظور دستوريا . وبالاضافة الى ما تقدم ، فان قيام النظام الحزبى ، وقد تقرر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ قبل التعديل الدستورى بالنص على تعدد الأحزاب السياسية ، فكان لزاما أن يكون لهذا القانون أساس دستورى فى ظل قيام الاتحاد الاشتراكى العربى وقد ارتكن واضعو القانون المشار اليه فى ذلك -

على ما يبين من مذكرته الايضاحية وتقرير اللجنة التشريعية عنه - الى بعض الحريات والحقوق العامة المقررة فى الدستور ، ومنها حرية الرأى والعقيدة السياسية وحق الانتخاب وحق الترشيح على اعتبار أن حق تكوين الأحزاب السياسية يعد حقا دستوريا منبثقا منها ومترتبا عليها ، فلا يصح أن ينقلب النظام الحزبى بعد تقريره قيدا على الحريات والحقوق العامة التى تفرع عنها ومنها حق الترشيح وهو من الحقوق العامة التى تحتمها طبيعة النظم الديمقراطية النيابية ويفرضها ركنها الأساسى الذى يقوم على التسليم بالسيادة للشعب .

وحيث انه من المسلم أنه ينبغى عند تفسير نصوص الدستور ، النظر اليها باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضا ، بحيث لا يفسر أى نص منها بمعزل عن نصوصه الأخرى ، بل يجب أن يكون تفسيره متساندا معها بفهم مدلوله فهما يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض .

وحيث ان الدستور اذ كفل - فى المادة ٦٢ منه - للمواطن حق الترشيح غير مقيد بالانتماء الحزبى ، وقرر فى المادة ٤٠ منه المساواة بين المواطنين فى الحقوق العامة ، ومنها حق الترشيح ، وهو من الحقوق السياسية التى تأتى فى الصدارة من الحقوق العامة لتعلقها بالارادة الشعبية المعبرة عن سيادة الشعب وحظر التمييز بينهم فيها بسبب اختلاف الآراء السياسية ، وأوجب على الدولة فى المادة الثامنة أن تكفل تكافؤ الفرص لجميع المواطنين ، فان مؤدى هذه النصوص مترابطة ومتكاملة ، ان المواطنين المستوفين لشروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب ، يعتبرون بالنسبة الى حق الترشيح فى مركز قانونى متماثلة ، مما يتعين أن تكون

ممارستهم لهذا الحق على قدم المساواة وعلى أساس من الفرص المتكافئة فى الفوز بالعضوية بصرف النظر عن انتماءاتهم الحزبية وعدمها ، على أن يكون المرجع فى الفوز بالعضوية للمرشح - مستقلا كان أو حزبيا ، طبقا لنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية أو لنظام الانتخاب الفردى - الى ارادة هيئة الناخبين صاحبة السيادة الشعبية التى هى مصدر السلطات جميعا .

وحيث أنه وان كان للمشرع سلطة تقديرية فى إختيار النظام الانتخابى الا أن سلطته فى هذا الشأن تجد حدها فى عدم الخروج على القيود والضوابط والمبادىء التى نص عليها الدستور وعدم المساس بالحريات والحقوق العامة التى كفلتها نصوصه .

وحيث أنه لما كان مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة والمادة الخامسة مكررا - متضامنين - من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ أن المشرع قد نص على تقسيم الجمهورية الى ثمان وأربعين دائرة انتخابية وجعل انتخاب أعضاء مجلس الشعب عن طريق الجمع فى كل دائرة انتخابية بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية ونظام الانتخاب الفردى ، واذ حدد لكل دائرة انتخابية عددا من المقاعد النيابية خص بها مرشحى الأحزاب السياسية عدا مقعدا واحدا خصصه لنظام الانتخاب الفردى وجعله مجالا للمنافسة الانتخابية بين المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين المستقلين عن هذه الأحزاب ، يكون القانون قد خالف الدستور من عدة وجوه ، اذ خص مرشحى القوائم الحزبية فى كل دائرة انتخابية بعدد من المقاعد النيابية يصل فى بعضها الى ثلاثة عشر مقعدا بينما حدد لنظام الانتخاب الفردى مقعدا واحدا لم يجعله حتى مقصورا على المرشحين المستقلين عن الأحزاب السياسية ، بل تركه مجالا مباحا للمنافسة بين هؤلاء المرشحين وغيرهم من أعضاء الأحزاب السياسية فميز القانون بذلك بين فئتين من المواطنين اذ خص المرشحين بالقوائم الحزبية بعدد من المقاعد النيابية تصل فى جملتها على مستوى الجمهورية الى ما يقرب من تسعة أعشار المقاعد النيابة فى مجلس الشعب ، بينما هبط بعدد المقاعد المتاحة للمرشحين المستقلين غير المنتمين لأحزاب سياسية - بفرض فوزها بها - الى عشر اجمالى المقاعد النيابية بزيادة طفيفة ، بل ان توزيع المقاعد النيابية على النحو الذى تضمنه القانون هو مما ينفتح به أيضا لأعضاء الأحزاب السياسية فرص الفوز بجميع مقاعد مجلس الشعب بينما لا يتجاوز فرص الفوز للمستقلين بأية حال العشر تقريبا من عدد المقاعد النيابية ، الأمر الذى ينطوى على تمييز لفئة من المرشحين على فئة أخرى تمييزا قائما على الصفة الحزبية أو عدمها دون مقتضى من طبيعة حق الترشيح أو متطلبات ممارسته مما يتعارض مع الصفة التمثيلية للمجالس النيابية ويخالف صراحة نص المادة ٤٠ من الدستور التى حظرت التمييز بين المواطنين فى الحريات والحقوق العامة كما يتعارض أيضا مع مبدأ تكافؤ الفرص الذى يقتضى أن تكون فرص الفوز فى الانتخابات متساوية بين جميع المرشحين بصرف النظر عن انتماءاتهم الحزبية ، وفضلا عن ذلك فان القانون حين حدد عدد المقاعد النيابية المخصصة لكل دائرة من الدوائر الانتخابية وغاير فى عدد المقاعد من دائرة الى أخرى ، أقام هذا التحديد العددى للمقاعد المخصصة لكل دائرة كقاعدة عامة على

أساس عدد المواطنين بها حسبما أفصحت عن ذلك المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ بتعديل قانون مجلس الشعب فيما عدا المحافظات التى استثناها المشرع من هذه القاعدة للاعتبارات التى أشارت اليها المذكرة الايضاحية لهذا القانون ، فانه أيا كان وجه الرأى فى هذا الاستثناء وبافتراض صحة الالتزام بتلك القاعدة فى المحافظات الأخرى ، فان القانون اذ حدد للمرشح الفردى مقعدا واحدا فى كل دائرة من الدوائر الانتخابية على ما بينهما من تفاوت فى عدد المواطنين بها وخص مرشحى القوائم الحزبية بباقى المقاعد النيابية المخصصة للدائرة ، فانه يكون بذلك قد جعل التفاوت فى عدد المواطنين هو الأساس فى تحديد عدد المقاعد المخصصة لمرشحى القوائم الحزبية دون أن يكون لذلك أى أثر بالنسبة للمرشحين طبقا لنظام الانتخاب الفردى الذى يتنافس فيه المستقلون مع غيرهم من أعضاء الأحزاب السياسية على مقعد واحد حدده المشرع بطريقة تحكمية فى كل دائرة انتخابية أيا كان عدد المواطنين بها مخالفا بذلك - وعلى غير أسس موضوعية - القاعدة العامة التى اتبعها فى تحديد عدد المقاعد النيابية فى كل دائرة انتخابية بما يتناسب مع عدد السكان فيها ، الأمر الذى يتضمن بدوره اخلالا بمبدأ المساواة فى معاملة الفئتين من المرشحين ، وبالاضافة الى ذلك فان القانون عندما جعل المقعد الوحيد المخصص لنظام الانتخاب الفردى فى دائرة انتخابية مجالا للمنافسة بين المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب ، فانه يكون بذلك قد أتاح لكل من مرشحى الأحزاب السياسية احدى فرصتين للفوز بالعضوية : احداهما بوسيلة الترشيح بالقوائم الحزبية ، والثانية عن طريق الترشيح للمقعد الفردى ، بينما جاءت الفرصة الوحيدة المتاحة للمرشحين المستقلين قاصرة بتنافس معهم فيها المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية ، مما ينطوى على التمييز بين الفئتين فى الفرص المتاحة للفوز بالعضوية ، ويتعارض بالتالى مع مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه فى الدستور ، وذلك كله دون أن يكون التمييز فى معاملة الفئتين من المرشحين وفى الفرص المتاحة للفوز بالعضوية فى جميع الوجوه المتقدمة مبررا بقاعدة موضوعية ترتد فى أساسها الى طبيعة حق الترشيح وما تقتضيه ممارسته من متطلبات والتى يتحقق ومن خلالها التكافؤ فى الفرص والمساواة أمام القانون .

لما كان ذلك وكانت المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بما نصت عليه من أن «يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ، ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية» ، تعتبر قاطعة فى الدلالة على ما قصد اليه المشرع من تحديده مقعدا واحدا - لنظام الانتخاب الفردى فى كل دائرة انتخابية - يجرى التنافس عليه بين المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب ، وتخصيصه عدة مقاعد فى الدائرة خالصة لمرشحى القوائم الحزبية ، ومن ثم فان هذه المادة تكون بذاتها قد تضمنت فى صريح نصها اخلالا بحق المواطنين غير المنتمين لأحزاب سياسية فى الترشيح على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع باقى المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية اخلالا أدى الى التمييز بين

الفئتين من المرشحين فى المعاملة القانونية وفى الفرص المتاحة للفوز بالعضوية تمييزا قائما على أساس اختلاف الآراء السياسية مما يشكل مخالفة للمواد ٨ ، ٤٠ ، ٦٢ من الدستور ويستوجب القضاء بعدم دستوريتها فيما تضمنه من النص على أن «يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية» .

وحيث أنه لا محاجة فى القول بأن للمواطن المستقبل الحرية فى الانضمام الى أحد الأحزاب السياسية ليباشر من خلاله حقوقه السياسية ومنها الحق فى الترشيح لعضوية مجلس الشعب على قدم المساواة مع غيره من أعضاء الأحزاب السياسية ، اذ أن ذلك مردود بما ينطوى عليه من اخلال بالحرية فى الانضمام الى الأحزاب السياسية أو عدم الانضمام اليها ، وهى حرية كفل الدستور أصلها ، ومردود أيضا بأن للمواطن آراؤه وأفكاره التى تنبع من قرارة نفسه ويطمئن اليها وجدانه وأن حمله على الانضمام لأى من الأحزاب السياسية مع ما يلتزم به الحزب من برامج وسياسات وأساليب يسعى بها لتحقيق مبادئه وأهدافه ، ما قد يتعارض مع حريته فى الرأى ، وهى من الحريات الأساسية التى تحتمها طبيعة النظم الديمقراطية الحرة والتى حرصت على توكيدها الدساتير المصرية المتعاقبة وقررها الدستور القائم فى المادة ٤٧ منه .

لما كان ذلك وكان القضاء بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ يترتب عليه انعدام هذا النص وابطال العمل به فيما قرره من أن «يكون لكل دائرة (انتخابية) عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية» . ومن ثم يكون النعى على نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المشار اليه قد أضحى غير مجد وبالتالى غير مقبول ، اذ لم يعد له مجال فى التطبيق بعد أن ألغى نفاذ النص على كيفية توزيع المقاعد النيابية فى كل دائرة انتخابية بين نظام الانتخاب الفردى ونظام الانتخاب بالقوائم الحزبية على النحو الذى تضمنته المادة الخامسة مكررا سالفة الذكر تبعا لتقرير بطلان هذا النص وانعدام أثره .

وحيث أنه عما أشار اليه المدعى من أن بطلان تكوين مجلس الشعب لقيامه على انتخابات مخالفة للدستور يترتب عليه عدم دستورية كل ما أقره المجلس من قوانين وقرارات مما يهدد البلاد بانهيار دستورى كامل ، فان على المحكمة - بحكم رسالتها التى حملت أمانتها بصفتها الهيئة القضائية العليا التى أنشأها الدستور حارسة لأحكامه ونصبها قوامه على صونه وحمايته ، وباعتبارها الجهة التى ناط بها القانون دون غيرها سلطة الفصل القضائى فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها - أن تقول كلمتها فى هذا الموضوع تجلية لوجه الحق فيه .

وحيث أن الأصل فى الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، اذ هى لا تستحدث جديدا ولا تنشىء مراكزا أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل ، بل هى تكشف عن حكم الدستور أو القانون فى المنازعات المطروحة على القضاء وترده الى مفهومه الصحيح الذى يلازمه منذ صدوره الأمر الذى يستتبع أن يكون للحكم بعدم

الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره ، وما اذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفي حدوده المقررة شكلا وموضوعا ، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه ، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب الى يوم صدوره . وفضلا عن ذلك فان المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا أثار المسألة الدستورية أثناء نظر أحد الدعوى أمام أى من جهات القضاء ، أما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم ، وأوجب على الجهة القضائية - عند الشك في عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة ، انما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضي بعدم الدستورية وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فاذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي ، لأصبح لزاما على قاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجي من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدى الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق في التقاضي - وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة ٦٨ منه للناس كافة - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجردا من مضمونه ، الأمر الذي ينبغي تنزيه المشرع عن قصد التردي فيه . وبالاضافة الى ذلك فان النص في المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، وهو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي فانه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص - ألا ينزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضي بعدم دستوريته . وقد أعملت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على اطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية الى حد اسقاط حجية الأمر المقضي لتعلقها بالادانة في أمور تمس الحريات الشخصية ، فنصت على أنه «فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي ، تعتبر الأحكام التي صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص كأن لم تكن ...» أما في المسائل الأخرى - غير الجنائية - فيسري عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على ماسلف بيانه ، مالم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانون آخر ترتكن اليه ويحدد من اطلاقه الرجعية عليها . وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة ٤٩ منه ، حيث جاء بها أن القانون «تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وانما

بالنسبة الى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عنه صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم . اما اذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فان جميع الأحكام التى صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص كأن لم تكن ....» أما فى المسائل الأخرى - غير الجنائية - فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية على ماسلف بيانه ، مالم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى آخر ترتكن اليه ويحدد من اطلاقه الرجعية عليها . وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا فى تعليقها على نص المادة ٤٩ منه ، حيث جاء بها أن القانون «تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ، وهو نص ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وانما بالنسبة الى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عنه صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم . أما اذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فان جميع الأحكام التى صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص تعتبر كان لم تكن ولو كانت أحكاما باته» وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة بحكمها الصادر فى الدعوى الدستورية رقم ١٦ لسنة ٣ قضائية بتاريخ ٥ يونيه سنة ١٩٨٢ وحكمها الصادر فى الدعوى الدستورية رقم ٤٨ لسنة ٣ قضائية بتاريخ ١١ يونيه سنة ١٩٨٣ .

لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعى ثبت عدم دستوريته بالحكم الذى انتهت اليه المحكمة فى الدعوى الماثلة ، فان مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه ، الا أن هذا البطلان لا يؤدى البتة الى ما ذهب اليه المدعى من وقوع انهيار دستورى ولا يستتبع اسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من اجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية ، بل تظل تلك القوانين والقرارات والاجراءات قائمة على أصلها من الصحة ، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة ، وذلك مالم يتقرر الغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا أن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم .

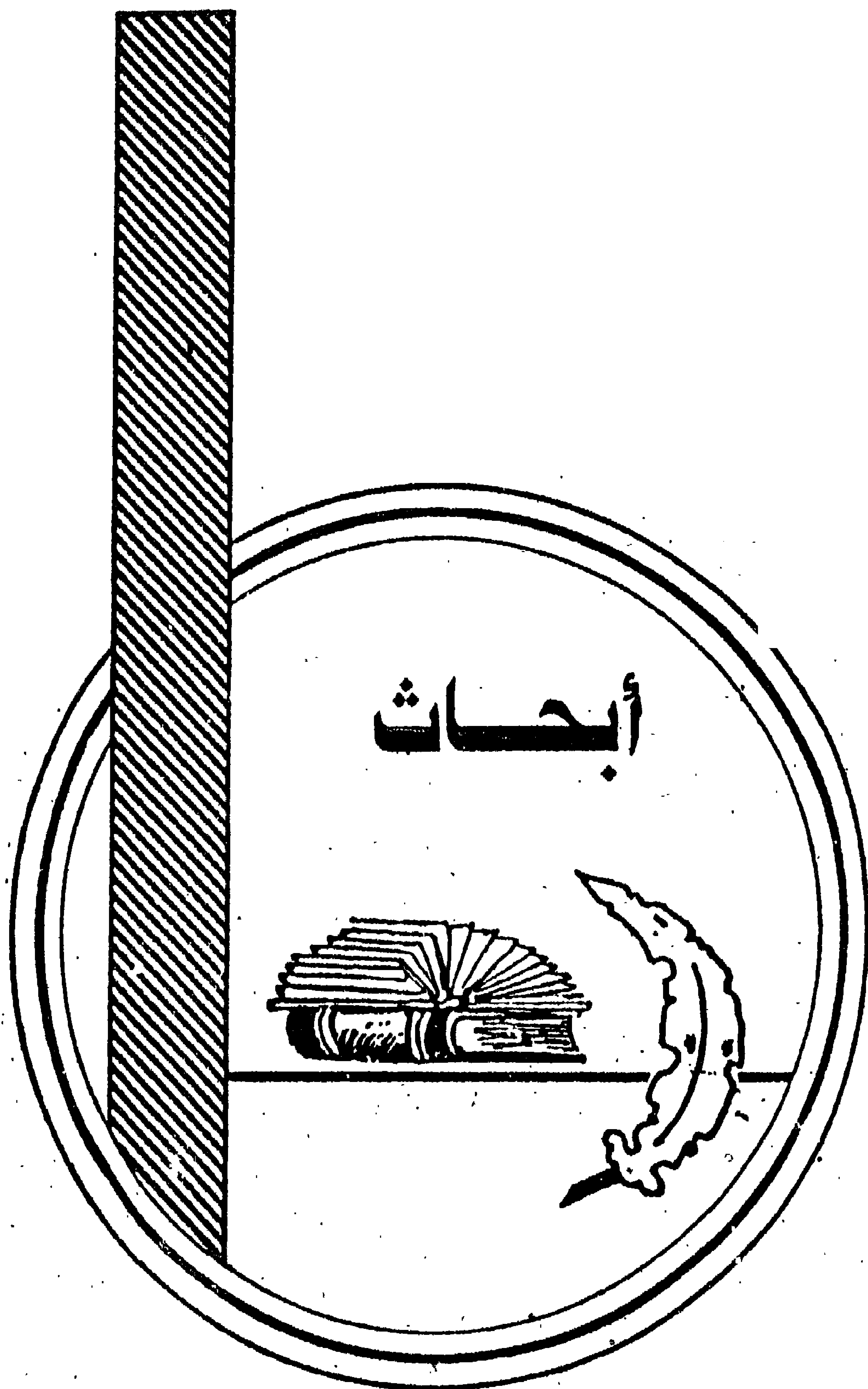
لهـذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية .

(القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية)

الحرية ليست شيئا يهدى ، فالرجل يستطيع أن يعيش حراً حتى فى ظل الطغيان والدكتاتورية ، وإنما الحرية شيىء ينتزعه الرجل لنفسه انتزاعاً ، لانها لم تكن يوماً شيئاً نستجديه .

جان جاك روسو


أبحــاث

مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية وقوتها فى الاثبات الجنائى

للسيد الاستاذ / أحمد جمعه شحاته
المحامى بالنقض

تمهيد :

ليس من شك أن الفرد هو محور القانون فالتشريعات تسعى فى تنظيماتها إلى حمايته وتحقيق مصالحه . التى هى فى النهاية تمثل مجموعة من مصالح المجتمع ككل . بحيث يكون من السهل الميسور ودائماً إقامة نوع من التوازن العادل بين المصلحتين .

لذلك كان موضوع الحق فى احترام الحياة الخاصة من أهم الموضوعات التى عنى بها المشرع الجنائى الحديث - لما له من ارتباط وثيق يجريه الفرد واحترام آدميته .

ولما كانت الحياة الإجتماعية قد أصابها التعقيد والتغيير وتداخلت عوامل ومصالح المجتمع طبقاً لما يراه القائمون على النظام الإجتماعى كل حسب ظروفه . ونظرته للحرية الفردية وتقييمه لأهميتها . مما جعل موضوع الحق فى احترام الحياة الخاصة من أم الموضوعات التى عنى بها المشرع الجنائى الحديث . وأصبحت نظرية الحريات الفردية ذات قيمة حقيقية باعتبارها حقوقاً أولية وأساسية ، وحجر الزاوية فيها هو حق الإنسان فى الأمن والحرية والسكينة .

وليس من شك فى أن الأنظمة الجنائية قد عرفت مراحل تطورها أنواعاً من الإجراءات تنطوى على انتهاك حقوق الفرد الأولية فى سبيل تتبع الجناة ومحاكمتهم . ومن ذلك القبض والحبس الإحتياطى والتفتيش . وفى تبرير هذه الإجراءات يقول الأستاذ ديفيز "DAVIS" أنه « إذا ما غلت يد العدالة عن التعرض لحقوق الأفراد لكنا بإزاء فوضى إجرامية ومن ثم يجب أن يتاح للقائمين على تنفيذ القانون نوع من السلطة فى إنكار الحريات الشخصية بالقدر الذى يحول دون تسلط الإجرام على مقدرات الناس . وإنما ينبغى أن يتجاوز الأمر هذا القدر . إذ لا فارق بين أن تنتهك حريات الأفراد بمعرفة أشخاص يعملون تحت ستار القانون أو بمعرفة مجرمين يرتكبون آثامهم بمنأى عن سطوة القانون » .

والسائد فى فقه القانون أن العمل الإجرامى هو نوع من التنسيق بين مصلحة المجتمع فى القصاص من مرتكب الجرائم ومصلحة الفرد فى صيانة حقوقه الأساسية فى الحرية والسكينة وحرمة مسكنه .

ولابد أن يتمشى العمل الإجرائى ويتطور مع التطور الإجتماعى والعلمى السائد فى المجتمعات المختلفة . وأن يواكب التطورات العلمية الخطيرة التى أصبحت تنال بسهولة ويسر من الحياة

الخاصة للأفراد وتعرضها لانتهاكات خطيرة .

ولقد بلغ التقدم العلمي شوطاً كبيراً في ميادين شتى مثلاً في مجال الفيزياء وفي مجال الوسائل البصرية وفي شأن الوسائل السمعية .

فاكتشاف الذبذبات الحديثة بواسطة الموجات الصوتية الصادرة من صوت الإنسان قد سمح بالحصول على معلومات عن شخص دون علمه .

ولقد كان لاكتشاف الميكروفون والتليفون في منتصف القرن الماضي دور كبير في اختراع كثير من الآلات التي تسمح بإجراء التصنت الخفي . وجاء اكتشاف العصر الحديث للترانزستور سنة ١٩٤٨ فأصبحت الآلة الأليكترونية بصغر حجمها وقلة تكلفتها ذات خطورة بالغة . حتى وصل الأمر إلى اختراع جهاز تجسس لا يتعدى حجم ضرس واحد يوضع وسط أسنان العاملين في مجال التخابر لينقل ما يدور حولهم بالصوت والصورة إلى محطة الإستقبال .

ولما كان هذا التقدم التكنولوجي الهائل أصبح يمثل تهديداً خطيراً للحياة الخاصة للإنسان نظراً لما تقدمه الأجهزة الحديثة من إمكانيات التلصص والتجسس التي تنفذ إلى حياة الإنسان الخاصة فتصورها وتسجلها بغير علم صاحبها بالرغم من وجوده داخل منزله المحكم الإغلاق . ومن ثم كان لابد للمشرع الجنائي أن يتدخل لتجريم مثل هذه الأفعال .

ففي فرنسا صدر القانون رقم ٦٤٣ - ٧٠ في ١٧ يوليو سنة ١٩٧٠ بشأن حماية حقوق الأفراد وحرياتهم . إذ أضاف خمس مواد جديدة إلى قانون العقوبات من (٣٦٨ - ٣٧٢) تعاقب على الإعتداء على الحياة الخاصة للأفراد بالتصنت أو تسجيل الأحاديث أو التقاط الصور أو إنشائها ونشر المونتاج بأي وسيلة كانت دون موافقة المجني عليه .

ولقد تأثر المشرع المصري بالمشرع الفرنسي وأصدر القانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ والذي بمقتضاه أضيفت إلى قانون العقوبات المادتان (٣٠٩) مكرر ، (٣٠٩) مكرر (أ) في باب القذف والسب .

ومعنى ذلك أن الفكر الجنائي الحديث في العالم قد أجمع على وجوب الحماية الجنائية لحقوق الإنسان والحريات الفردية والحقوق اللصيقة بها . وكان لابد أن يتدخل المشرع الإجرائي ليواكب هذا التطور بأن ينظم الوسائل التي تكفل إيقاع الجزاء بمرتكب هذه الجرائم وإقامة الأدلة عليهم .

وسنعرض هذا الموضوع في قسمين :

القسم الأول : مراقبة المحادثات التليفونية .

القسم الثاني : قوة الدليل المستمدة من مراقبة المحادثات التليفونية كدليل إدانة في الحكم الجنائي .

القسم الأول : مراقبة المحادثات التليفونية :

تعد الأحاديث الشخصية للمرء من خصوصياته بالمعنى السابق بيانه . ومن ثم يحيطها بسياج من الكتمان والسرية فلا يرغب في معرفة مكنونها أحد غيره ومن أسر إليه بها . حتى أن المشرع في قانون العقوبات المصري والفرنسي قد جرم هذا النوع من الإعتداء لأنها تعد افتئات على الحق في

الحياة الخاصة .

ويتفرع عن ذلك أن الإعتداء له وجهان الأول بالنسبة للتسجيلات التي قد يسجلها شخص على آخر والثاني مدى مشروعية تسجيل المكالمات التليفونية والتسجيلات الخاصة الذى يجريه رجال السلطة العامة للإستعانة به فى مجال الإثبات الجنائي وهو موضوع بحثنا ودراستنا .

وتعد مراقبة المحادثات التليفونية والتسجيلات الخاصة من قبيل الأمور الماسة بالحياة الخاصة للأفراد باعتبار أنها تكشف السرية عما يدلى به الإنسان من خصوصياته . وهو متيقن أن ما يقوله لا تتسرب معرفته غير محدثه . ولقد ثار جدل فى القانون المقارن حول مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية ومدى التعويل على الدليل المستمد منها بوصفه أداة إثبات فى المسائل الجنائية .

أما المشرع المصرى والإيطالى فقد حسم الأمر بنصوص صريحة .. ... وسنعرض فى دراسة هذا الموضوع لعدة مباحث .

المبحث الأول : التكييف القانونى لمراقبة المحادثات التليفونية :

والمقصود من ذلك البحث عن الطبيعة القانونية لاستخدام أجهزة المراقبة والتسجيل وعما إذا كان الدليل المستمد منها يعد دليلاً مستقلاً بذاته أم يتدرج تحت نوع من أنواع الإجراءات المعروفة فى القانون .. ؟ .

يميل غالبية الشراح إلى تكييف مراقبة المحادثات التليفونية على أنها نوع من التفتيش لأن التفتيش اعتداء على حق السر .

والقانون يحمى السر أياً كان وعاؤه فليست العبرة بالكيان المادى للوعاء فقد يكون كيان السر مادى يجوز ضبطه أو شيئاً معنوياً يتعذر ضبطه إلا إذا إندمج فى كيان مادى كما هو الحال فى المحادثات التليفونية المسجلة على أشرطة التسجيل فما دامت المحادثات بحسب طبيعتها تنقيب عن الأسرار فهى نوع من التفتيش ويؤيد بعض الفقهاء هذا النظر بالقول بأن المادتين «٩٥» ، «٩٥» مكرر من قانون الإجراءات الجنائية وردتا فى الفصل الرابع من الباب الثالث وعنوانه « فى الإنتقال والتفتيش وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة » بالإضافة إلى التسوية فى تطبيق نص المادة (٢٠٦) بين ضوابط مراقبة المحادثات التليفونية وبين تفتيش غير المهتمين ومنازل غيرهم . مما يدل بذاته على ما بينهما من اتحاد أو تشابه فى التكييف القانونى لطبيعة كل منهما . ومن ثم إذا خلا القانون من تحديد شرط من شروط المراقبة التليفونية وجب الإلتجاء إلى أحكام التفتيش .

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الإتجاه صراحة فى أحكامها فقالت : (أن مدلول كلمتى الخطابات والرسائل المشار إليها « فى المادة (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية وإباحة ضبطها فى أى مكان خارج منازل المتهمين طبقاً للإحالة » « على الفقرة الثانية من المادة (٩١) يتسع ليشمل كافة الخطابات والرسائل والطرود والرسائل البرقية . كما يندرج تحته المكالمات التليفونية لكونها لا تعدو أن تكون من قبيل الرسائل الشفوية

لاتحادهما فى الجوهر وإن اختلفا فى الشكل) .

نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض س ١٣ رقم ٣٧ ص ١٣٥ .

نقض ١٤ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام نقض س ٨ ق ٤٢ ص ٢١٩ .

ويرى البعض الآخر أن المراقبة التليفونية وتسجيل المحادثات الخاصة لا يعد نوعاً من التفتيش وإنما هو إجراء من نوع خاص وفقاً لمعناه الفنى وعلى ذلك لا يكفى لمشروعية مراقبة تسجيل الأحاديث الخاصة أو مراقبة المكالمات توافر الشروط التى يتطلبها المشرع لإجراء التفتيش . وإنما يجب أن تتم وفقاً للضمانات الشكلية والموضوعية التى أوجبها المشرع فى هذا الشأن حتى تتحقق مشروعية الإجراء .

ويرى بعض الفقهاء ونتفق معهم فى أنه وإن كان أمر مراقبة المحادثات والتسجيلات إجراء من نوع خاص وأنه ليس فى الحقيقة تفتيشاً . ومن حيث أن أقرب الإجراءات إليه هو إجراء التفتيش فقد عالجه المشرع فى هذا النطاق وأحاطه بالضمانات التى تحوط تفتيش الرسائل .

وأن ما استقر عليه قضاء النقض من أن الشارع قد سوى فى المعاملة بين مراقبة المكالمات وضبط الرسائل وبين تفتيش منازل غير المتهمين لعله وهى تعلق مصلحة الغير بها . هو قضاء سديد . ويتفق مع النظريات الحديثة التى تتجه إلى حماية الحريات الخاصة والحقوق اللصيقة بها . فبالإضافة إلى الضمانات التى نص عليها المشرع فى المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية فإنه يجب لمشروعية المراقبة والتسجيل توفر الشروط التى يتطلبها المشرع لإجراء التفتيش حتى يتحقق مشروعية الإجراء .

المبحث الثانى : مراقبة المحادثات التليفونية فى القانون الفرنسى :

لا يوجد فى القانون الفرنسى نص خاص يتناول مراقبة المحادثات التليفونية وانقسم الفقه إلى قسمين :

فريق يرى أن مراقبة المحادثات التليفونية عمل يوصم بعدم المشروعية إذ فيه شبهة الإحتيال . ثم أنه عمل لا يليق بقاضى يجب عليه أن يؤدى واجبه بأمانة تتفق وما للسلطة القضائية من نزاهة . بل أضاف بعض رجال الفقه الفرنسى بأن هذا الأسلوب لا يتفق مع الأخلاق الموروثة لأنها دائماً تتجه إلى حماية الحريات إلى الضرب صفحاً عن كل وسيلة تتأبى الإنسجام مع نظام تسوده الحرية .

وقد ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى الأخذ بهذا الرأى . فقد قررت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها فى ١٢ يونية سنة ١٩٥٢ عدم مشروعية هذه الوسيلة وبطلان الدليل المستمد منها .

ولا ينتفى مطلقاً للقول بعدم البطلان أن تكون المراقبة قد تمت بناء على إذن قاضى التحقيق لأحد مأمورى الضبط القضائى وأضافت المحكمة أنه فى غيبة نص يعالج هذا الأمر بالإيجاب أو السلب فإن المحكمة قد أسست حكمها على مبدأ عام هو احترام الحقوق الطبيعية للدفاع . وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية عداءها لاستخدام هذه الوسيلة فى حكم لها فى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٨م .

إلا أن الرأى السائد فى الفقه والقضاء الآن يقول بالسماح باستخدام هذه الوسيلة متى توافرت ضمانات معينة . وفى ذلك يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أنه ليس ثمة ما يدعو إلى منع استخدام هذه الوسيلة التى يمكن أن تساعد العدالة فى كشف الحقيقة ذلك لمحاربة الجريمة .

وقد قضت محكمة جنح السين بأن الإعترافات التى حصل عليها مأمور الضبط القضائى نتيجة مراقبة المحادثات التليفونية تعد مقبولة وصحيحة متى كان ضابط الشرطة قد تصرف فى حدود الإنابة القضائية المخولة له من قبل قاضى التحقيق ومتى لم يكن هناك احتيال أو إكراه أو تحريض . ولا يتنازع المتهم فى صحة ما نسب إليه .

كما قضت محكمة استئناف «بواتيه» فى حكم لها فى ٧ يناير سنة ١٩٦٠ بأن الإتصال التليفونى لا يعدو أن يكون نوعاً من الرسائل ولما كانت مراقبة الرسائل مشروعة فان دواعى المنطق تقتضى أن تكون الأولى مشروعة بدورها . متى اقتضت مصلحة التحقيق وكان ذلك بناء على إذن من قاضى التحقيق ولم ينطو التصرف على افتئات على حق الدفاع على أن يطرح المستند الذى يتضمن إثبات نتائج المراقبة التليفونية للمناقشة فى الجلسة .

وقد قضت إحدى المحاكم العسكرية الفرنسية « بأن تسجيل أحاديث المتهم لا يعد من أدلة الإثبات المعتبرة . وإن كان يصح اعتباره قرينة من القرائن التى تكون عقيدة القاضى إذا ما أضيفت إلى عناصر الإثبات الأخرى .

وفى حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية في ٩ أكتوبر سنة ١٩٨٠ قررت صراحة مشروعية المراقبة التليفونية متى تمت بناء على إذن صادر من سلطة التحقيق . وكان الأمر يتعلق بمتهم .

ويبين كل ما تقدم أن الفقه والقضاء يترك الأمر فى شأن قبول الدليل المستمد من التسجيلات لمحض اقناع القاضى ودون أن يضع مبدأ عاماً . وإن كانت النتيجة النهائية تتحصل فى اعتباره قرينة . وما دام للقاضى حريته فى تكوين اقتناعه فلا مانع من الإستعانة بثمرات التقدم العلمى فى كشف الحقيقة لمصلحة العدالة ومحاربة الجريمة .

المبحث الثالث : مراقبة المحادثات التليفونية :

فى القانون المصرى

ان الدستور المصرى قد حرص فى عرض حمايته للحريات العامة على كفالة الحريات الشخصية لاتصالها بكيان الفرد منذ وجوده .

فأكدت المادة (٤١) من الدستور على أن « الحرية الشخصية حق طبيعى » وعلى أنها « مصونة لا تمس » كما قضت المادة (٤٤) من الدستور على أن « لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون » .

غير أن الدستور المصرى الصادر فى عام ١٩٧١م لم يكتف فى تقرير الحماية الدستورية بإيراد ذلك فى عبارات عامة كما كانت تفعل الدساتير السابقة عليه . والتى كانت تترك للمشرع العادى سلطة لا قيود عليها فى تنظيم هذه الحريات .

ولكنه أتى بقواعد أساسية تقرر عدة ضمانات لحماية هذه

الحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حريات وحرمات . وارتفع بها إلى مصاف القواعد الدستورية وضمنها المواد من (٤١) حتى (٤٥) بحيث لم يعد جائزاً للمشرع العادى أن يخالفها أو يخالف ما تضمنته من قواعد وضمانات لصون هذه الحريات وإلا كان عمل المشرع مخالف للشرعية الدستورية .

ولقد كفل الدستور المصرى حماية حق الإنسان فى الحياة الخاصة بمقتضى المادة (٤٥) التى أكدت أن « لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون » وأضاف إلى المادة (٤٥) فقرة (٢) قوله « للمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الإتصال ، حرمة ، وسريتها مكفولة ، ولا يجوز مصادرتها ، أو الإطلاع عليها أو رقابتها ، إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محدودة ومرفقاً لأحكام القانون .

إذا مراقبة المحادثات التليفونية والرسائل البريدية أو ضبطها أو مصادرتها هو من قبيل الإستثناء على القاعدة العامة الخاصة بحرمة هذه المسائل فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه .

وتأكيداً لهذه القواعد عزز المشرع هذه الحماية بحماية جنائية أخرى ضمنها المواد (٣٠٩) مكرر و (٣٠٩) مكرر (أ) التى تنص على « معاقبة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال المنصوص عليها فى المادة (٣٠٩) مكرر فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجنى عليه . وهذه الأفعال هى استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه محادثة جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون أو التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه صورة شخص فى مكان خاص » .

كما عاقب المشرع أيضاً الموظف العام الذى يرتكب أحد الأفعال السابق بيانها اعتماداً على سلطة وظيفته .

وتمشياً مع الإتجاهات الحديثة فى الفكر الجنائى الإجرائى المعاصر التى تتمثل فى مصلحة التحقيق قد تقضى فى بعض الأحيان اللجوء إلى مراقبة الأحاديث الخاصة ومراقبة الأحاديث التيلفونية وتسجيلها وهو الأمر الذى حدا بالمشرع إلى إصدار المواد (٩٥) ، (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية لإضفاء الشرعية على هذا الأمر .

وتنص المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ على أن « لقاضى التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البريد ، وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق . وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وإجراء تسجيل لأحاديث جرت فى مكان خاص ، متى كان لذلك فائدة فى ظهور الحقيقة فى جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط والإطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ، ولمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى مماثلة .

وبذلك يكون المشرع قد حسم الخلاف القائم بين الفقهاء

بالنسبة للتسجيلات التى تتم فى مكان خاص فالمشرع فى هذا النص قد أجاز هذا الأمر بذات الضمانات الواجبة فى مراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وكذلك تسرى بالنسبة لضبط الرسائل والبرقيات بذات الضمانات والشروط الواجب توافرها فى ضبط الرسائل والبرقيات لدى مصلحة البرق والبريد .

ولقد حسمت محكمة النقض هذا الأمر فى حكمها الصادر فى ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢م والسابق بيانه .

الضمانات التى نص عليها المشرع المصرى لتسجيل المحادثات ومراقبة المكالمات التليفونية :

أحاط المشرع المصرى هذه المسألة مجموعة من الضمانات والشروط الواجب توافرها أفصحت عنها المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية وهى :

أولاً : لابد من وقوع فعل يعد فى نظر القانون جريمة جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر . أى اشترط أن تكون الجريمة على درجة معينة من الخطورة وقد يثور تساؤل وهو أنه قد يحدث ألا يكون تكييف الجريمة مؤكداً للوهلة الأولى .. ؟

والرأى الصحيح والراجح فقهاً وقضاءً هو أنه يكفى لتبرير الإلتجاء لهذا الإجراء وهو الإذن بالمراقبة الأخذ بالظاهر . فإذا كان ظاهر التكييف ينبىء عن كون الفعل جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر جاز إجراء المراقبة أو التسجيل متى توافرت باقى الشروط .

ومع ذلك يذهب رأى إلى أن الشك يفسر لصالح المتهم فينبغى الإمتناع عن إجراء المراقبة أو التسجيل إذا ما ثار شك حول تكيف الواقعة .

وهذا الرأى منتقد لأن الشك أثناء إجراءات التحقيق يختلف حكمه عن الشك عند إصدار الأحكام أو تسبيبها ثم أن مجال اعمال هذه القاعدة عند تقديم أدلة الثبوت والإدانة فى دائرة اقتناع القاضى الجنائى عند إصدار الحكم ولا مجال لها عند تفسير القواعد القانونية والإجرائية .

وأخيراً فان الأصل فى الأعمال الإجرائية أنها تجرى على حكم الظاهر وهى لا تبطل من بعد نزولاً على ما يتكشف من أمر الواقع .

ولقد استقر قضاء النقض المصرى على أن « الأخذ بالظاهر لا يوجب بطلان العمل الإجرائى الذى يتم على مقتضاه . وذلك تيسيراً لتنفيذ أحكام القانون وتحقيقاً للعدالة حتى لا يفلت الجناة من العقاب .

(نقض ١٩٦٦/١٢/٥ أحكام النقض من ١٧ رقم ٢٢٣ ص ١١٨٢) .

(الطعن رقم ٣٣١٤ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٣) .

ثانياً : أوجب المشرع أن تكون مراقبة المحادثات التليفونية وتسجيل الأحاديث الشخصية بإذن من قاضى التحقيق . فلا يجوز للنيابة العامة أن تأذن بمراقبة وتسجيل الأحاديث الخاصة أو التليفونية إلا بعد استئذان القاضى الجزئى المختص . ويصدر القاضى الجزئى إذنه بعد اطلاعه على الأوراق .

« نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢ السابق بيانه » .

فإذا كان قاضى التحقيق هو الذى باشر التحقيق فيكون وحده مختصاً بالإذن بالوضع تحت المراقبة . أما إذا كان

التحقيق فى يد النيابة العامة فصدور الإذن من القاضى الجزئى .

وتكون سلطة القاضى الجزئى فى هذه الحالة هو مجرد إصدار الإذن أو رفضه دون أن يكون له ولاية القيام بمباشرة موضوع الإذن بنفسه . إذ أن هذا من شأن النيابة العامة سلطة التحقيق وهى فى ذلك إما أن تقوم به بنفسها . أو أن تندب لذلك من تختاره من مأمور الضبط القضائى المختصين (المادة ٢٠٠ إجراءات جنائية) .

وأخذت بذلك محكمة النقض المصرية إذ قالت « ولما كان استصدار النيابة العامة الإذن بالمراقبة التليفونية من القاضى الجزئى . بعد أن كانت قد اتصلت بمحضر التحريات وقدرت كفايتها لتسويغ اتخاذ الإجراء . هو عمل من أعمال التحقيق سواء قامت بتنفيذ الإذن بعد ذلك بنفسها أو عن طريق ندب من تراه من مأمورى الضبط القضائى لتنفيذه عملاً بالمادة (٢٠٠) إجراءات جنائية التى يجرى نصها :

« أن على أنه لكل من أعضاء النيابة العامة فى حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أى مأمور من مأمورى الضبط القضائى ببعض الأعمال التى من خصائصه وهو نص عام مطلق يسرى على كافة إجراءات التحقيق فينتج أثره القانونى بشرط أن يصدر صريحاً ممن يملكه وأن ينصب على عمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق - غير استجواب المتهم - دون أن يمتد إلى تحقيق قضية برمتها وأن يكون ثابتاً بالكتابة إلى أحد مأمورى الضبط القضائى المختص مكانياً ونوعياً وهو ما جرى تطبيقه فى الدعوى المطروحة ، ومن ثم يكون ما انتهى إليه الحكم المطعون من رفض الدفع ببطلان الإذن الصادر من القاضى الجزئى بوضع تليفون الطاعن تحت المراقبة سديداً فى القانون » .

« نقض ١٤ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ق ٤٢ ص ٢١٩ » .

(الطعن رقم ٢٤٦٣ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٩٨٦/١/١) .

ويستفاد من ذلك أنه ليس لرجل الضبط القضائى أن يخاطب القاضى الجزئى مباشرة فى هذا الإجراء إنما يجب عليه الرجوع للنيابة العامة صاحبة الولاية العامة فى التحقيق الإبتدائى .

كما لا يجوز للقاضى الجزئى أن يخاطب مأمور الضبط القضائى مباشرة لتنفيذ هذا الإجراء إنما عليه أن يأذن للنيابة العامة صاحبة الولاية العامة فى التحقيق وهى بدورها تقوم بندب من تراه من مأمورى الضبط القضائى المختصين إذا لم ترغب فى القيام بهذا الإجراء بنفسها .

ثالثاً : أن تكون هناك قرائن قوية على أن هذا الإجراء من شأنه أن يفيد فى كشف الحقيقة وإلا بطل الإجراء وبطل الدليل المستمد منه .

رابعاً : أن يكون الإذن الصادر من القاضى الجزئى بالمراقبة والتسجيل مسبباً ولمدة محددة . حددها الشارع بثلاثين يوماً وتكون قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى .

القسم الثانى : قوة الدليل المستمد من مراقبة المحادثات التليفونية كدليل إدانة فى الحكم الجنائى

إن الإتجاه الشائع والمسيطر فى الفقه الجنائى الحديث يرى الأخذ بمبدأ حرية الإثبات فى المواد الجنائية بمعنى أن القاضى الجنائى حر فى أن يستعين بكافة طرق الإثبات للبحث عن الحقيقة والكشف عنها . إذ لا يجوز أن يقنع بفحص الأدلة التى يقدمها له أطراف الدعوى . فإن للقاضى الجنائى أن يتحرى بنفسه الأدلة وأن يأمر باتخاذ الإجراء الذى يراه مناسباً وضرورياً للفصل فى الدعوى .

والركيزة الثانية لهذا الإتجاه هو حرية القاضى الجنائى فى تقدير عناصر الإثبات التى يستمد منها اقتناعه .

لقد استقر فقهاء النقض المصرى على هذا المبدأ . إذ قالت :

« إن العبرة فى الإثبات فى المواد الجنائية هى باقتناع المحكمة واطمئنانها إلى الدليل المقدم إليها فالقانون لم يقيد القاضى بأدلة معينة بل خوله بصفة مطلقة أن يكون عقيدته من أى دليل أو قرينة تقدم إليه » .

نقض ١١ يناير ١٩٤٣ س ٦ رقم ٦٨ ص ٦٤ مجموعة أحكام النقض .

نقض ١٩٥٠/٦/٦ س ٢٠ رقم ٤١٩ ص ١ مجموعة أحكام النقض .

نقض ١٩٦٣/١/٢٩ س ١٤ رقم ١٢ ص ٥٣ مجموعة أحكام النقض .

نقض ١٩٧٤/٥/٢٠ س ٢٥ رقم ١٢ ص ٢٩٤ مجموعة أحكام النقض .

نقض ١٩٨٠/١/١٧ س ٤٩ رقم ١٩٤ ص ١٠٠٢ مجموعة أحكام النقض .

فإذا كان القاضى حراً فى أن يستمد عقيدته من أى مصدر يطمئن إليه لما له أصل فى الأوراق وإليه المرجع فى تقدير قيمة الدليل الناجم من الدعوى دون أن يملى عليه المشرع دليلاً معيناً أو يلزمه باتباع وسائل محددة حتى أنه قيل أن تقدير القاضى يعتبر من أعمال السيادة بالنسبة للقضاء الجنائى .

إلا أن هذا الإقتناع يجب أن يكون منطقياً بعيد عن التحكم القضائى بل أن القاضى ملتزم بأن يتحرى المنطق الدقيق فى تفكيره الذى قاد إلى اقتناعه بحيث إذا اعتمد فى تفكيره على أساليب ينكرها المنطق السليم كان لمحكمة النقض أن ترده إليه .

الطعن رقم ٦٠٩٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٥ .

الطعن رقم ٦٧٢٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ .

الطعن رقم ٣٨٧٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٣ .

الطعن رقم ٥٧٠٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٧/١/٢٠ .

الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢١.

وينبنى على ذلك أن الدليل المستمد من التسجيلات والمراقبة يخضع لهذه القواعد السابق بيانها ويحق للقاضى الجنائى الأخذ بهذا الدليل إذا اقتنع بصحته ما دام مطروحاً على بساط البحث بالجلسة . وتحت نظر أطراف الدعوى ، وقالت محكمة النقض فى ذلك :

(وجوب بناء الأحكام على

ما له أصل بالأوراق) .

الطعن رقم ٢٣٨٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٥م .

وقالت أيضاً أنه من « حق محكمة الموضوع فى أن تستمد اقتناعها بثبوت الجريمة من أى دليل تطمئن إليه – طالما كان له مأخذه الصحيح من الأوراق ... ... » « المجادلة فى ذلك أمام النقض غير جائز » .

(الطعن رقم ٦٧٢٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨) .

كما يشترط أيضاً للإستناد إلى الدليل المستمد من المراقبة التليفونية والتسجيلات الخاصة كدليل إدانة ألا يكون لحقه سبب يبطله ويعدم أثره . كما لو تمت هذه التسجيلات بناء على أذون لحقها البطلان .

كما لو صدرت من القاضى الجزئى غير المختص مكانياً أو صدرت من النيابة العامة إلى مأمور الضبط القضائى دون الحصول على إذن القاضى الجزئى أو صدرت من القاضى الجزئى المختص إلى مأمور الضبط القضائى المختص مباشرة ودون الرجوع إلى النيابة العامة أو صدرت من النيابة العامة بعد استئذان القاضي الجزئي المختص إلى مأمور الضبط القضائي غير المختص مكانياً أو نوعياً .

فإن الدليل المستمد من التسجيلات الذى تم بناء على هذه الأذون الباطلة يلحقه البطلان ويمتنع على القاضى الجنائى الإستناد إليه فى حكمه كدليل إدانة . طبقاً للقاعدة المستقرة فى الفقه والقضاء الجنائى من أن ما بنى على باطل فهو باطل . ولقد صرح المشرع المصرى بذلك فقرر أن بطلان الإجراءات يتناول جميع الآثار التى تترتب عليه مباشرة .

كما لا يجوز أن يتخذ من مراقبة المحادثات التليفونية والتسجيلات الخاصة وسيلة لاكتشاف الجرائم وضبط مرتكبيها لأن محل هذا هو جميع الإستدلالات بما يوصم هذه الأذون بالبطلان ويبطل الدليل المستمد من هذه الأذون فلا يعول عليه القاضى كدليل إدانة .

كما يشترط أن يصدر الإذن بالمراقبة التليفونية والتسجيلات الخاصة بناء على تحريات جدية وأن تقوم دلائل قوية ضد شخص معين بأنه قام بارتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر وقعت بالفعل وترجحت نسبتها إلى متهم معين حتى يصبح الإذن الصادر بالمراقبة والتسجيل صحيحاً فى القانون ويمكن الإستناد إلى الدليل الناجم عن هذا الإجراء كدليل إدانة فى الحكم الجنائى .

(نقض ١٩٨٣/١٢/٦ الطعن رقم ٣٥٥٦ لسنة ٥٣ ق) .

كما لا يصح إصدار الإذن بالمراقبة التليفونية والتسجيلات الخاصة لضبط جريمة مستقبلة لم تقع ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل .

وبصفة عامة فأنه يشترط لصحة الأذون الصادرة بمراقبة المحادثات التليفونية والمحادثات الخاصة توافر كافة الشروط الشكلية والموضوعية التى يشترطها القانون لصحة الإذن الصادر من سلطات التحقيق بالتفتيش الذى تجريه بمعرفتها .

أو تأذن بإجرائه فى مسكن المتهم أو ما يتصل بشخصه .

بالإضافة إلى الضمانات

التى تنص عليها المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية .

ويترتب على ذلك أنه يتعين على القاضى الجنائى ألا يثبت إدانة وعقاب المتهم إلا من خلال إجراءات مشروعة تحترم فيها الحريات وتؤمن فيها الضمانات التى رسمها القانون . ولا يحول دون ذلك أن تكون الأدلة صارخة على إدانة المتهم طالما كانت هذه الأدلة مشبوهة ولا يتسم مصدرها بالنزاهة واحترام القانون .

(نقض ١٩٨٠/١/٦ س ٤٩ رقم ١١ ص ٥٨ مجموعة أحكام النقض) .

هذا بالنسبة لدليل الإدانة أما البراءة فيمكن أن تستند فيها المحكمة إلى دليل استمد من إجراء باطل وتطبيقاً لذلك قالت محكمة النقض المصرية بأنه :

« وإن كان من المسلم به .. أنه لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل فى القانون إلا أن تقرير هذا المبدأ بالنسبة لدليل البراءة أمر غير سديد لأنه لما كان من المبادىء الأساسية فى الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائى . وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة فى اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه فى الدعوى وما يحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية . فقد قام على هدى هذه المبادىء حق المتهم فى الدفاع عن نفسه وأصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيئة الإجتماعية . التى لا يغيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها . ويؤذى العدالة معاً إذ أنه برىء . ولا يقبل تقيد حرية المتهم فى الدفاع عن نفسه باشتراط مماثل لما هو مطلوب فى دليل الإدانة .

نقض ١٩٦٥/١/٢٥ أحكام النقض س ١٦ رقم ٢١ ص ٥٨٧ .

رأى الباحث فى هذه المسألة

ان النتيجة التى انتهينا إليها أن مراقبة المحادثات التليفونية والتسجيلات الخاصة أصبحت بعد صدور المواد (٩٥) ، (٩٥) مكرر ، (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية إجراءً مشروعاً . يمكن لسلطات التحقيق القيام به . وفقاً للشروط والضمانات التى سبق إيضاحها وبالتالى يمكن للقاضى الجنائى التعويل عليها كدليل إدانة .

ولكن لاحظنا أن طريقة تنفيذ هذه الأذون الصادرة بالمراقبة التليفونية والمحادثات الخاصة هى التى تؤثر فى قيمة الدليل المستمد من هذا الإجراء كدليل إدانة وفى دخول هذا الدليل إلى دائرة يقين القاضى الجنائى .

وقد تبين لنا بدراسة معظم القضايا التى قامت سلطات التحقيق بالإستعانة بهذا الأسلوب العلمى لظهور الحقيقة فى التحقيقات التى أجرتها والأحكام الصادرة من المحاكم المختلفة فى صدر هذه القضايا وأحكام محكمة النقض المصرية تبين الآتى :

أولاً : أن النيابة العامة بعد استصدارها إذن القاضى الجزئى المختص تندب أحد مأمورى الضبط القضائى لتنفيذ هذا الإذن وتنقطع صلتها بما يتخذه مأمور الضبط القضائى من إجراءات فنية لتنفيذ إذن النيابة ولا تبسط رقابتها على هذه الإجراءات مع أنها صاحبة الولاية الأصلية فى هذا الأمر .

ثانياً : أن النيابة العامة لا تطلع على الشرائط (الكيان المادى) التى تحفظ فيها المحادثات التليفونية التى أذنت بمراقبتها قبل قيام مأمورى الضبط القضائى بالتسجيل .

ثالثاً : أن الشرائط التى تستخدم فى تسجيل المحادثات - الكيان المادى - تظل منذ البدء فى المراقبة التليفونية حتى تقديمها للنيابة العامة بعيدة عن سيطرة سلطات التحقيق . غير معلوم مكان حفظها . مما يجعلها عرضة للتلاعب والعبث بها وهى الكيان المادى للدليل خاصة وأن التقدم العلمى الحديث قد أظهر تفوقاً كبيراً فى عمليات المونتاج أى تركيب الأصوات والكلمات والإضافة إليها ومحو جزء منها .. .. .. الخ .

مثال ذلك ما أذيع من خلال إذاعة إسرائيل أثناء وعقب حرب ١٩٦٧ من تسجيلات بصوت الرئيس الراحل جمال عبدالناصر عبارة عن تصريحات خطيرة لم تصدر منه وتعين أن الفنيين بإذاعة إسرائيل وفى جهاز المخابرات - الموساد - قاموا بعمل مونتاج لخطب الرئيس الراحل جمال عبدالناصر تؤدى المعنى الذى أذيعت به أثناء وعقب حرب ١٩٦٧م .

رابعاً : أن الأجهزة الميكانيكية التى يركب عليها الشرائط لتسجيل المحادثات لم تصل حتى الآن إلى تحديد الوقت الذى تمت فيه المحادثة المسجلة . حتى يمكن مطابقة ما جاء بهذه المحادثات مع الوقائع والظروف والإجراءات التى تمت فى الدعوى بمعرفة رجال الضبط القضائى . أو حتى يمكن مطابقتها مع الأدلة الأخرى المطروحة أمام القاضى . ولا يمكن بهذا الأسلوب معرفة ما إذا كانت هذه المحادثات قد سجلت فى وقت سابق أو لاحق على صدور الإذن بالمراقبة .

خامساً : أن الأشخاص الفنيين المساعدين لرجال الضبط القضائى فى تنفيذ عملية المراقبة ليسوا مؤهلين تأهيلاً علمياً كافياً للقيام بمثل هذه الأعمال . وأنهم خاضعون لرئاسة رجال الضبط القضائى وتحت سيطرتهم مما يعدم الثقة فى العمل الذى يقومون به مما يضعف من قيمة الدليل المستمد من هذه التسجيلات .

لذلك نرى حتى يصبح الدليل المستمد من المراقبة التليفونية والتسجيلات الخاصة ذات قيمة تضفى على الدليل المستمد من هذه التسجيلات قوة فى الإثبات الجنائى ويمكن الإستناد إليها كدليل إدانة فى الحكم الجنائى .

أولاً : يجب تعديل نص المادة (٩٥) ، (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية بحيث يحدد المشرع الحد الأقصى للمدة أو المدد التى يمكن أن تراقب فيه محادثات الشخص أو تسجل عليه متى توافرت الشروط والضمانات الأخرى . لأن ترك المسألة بدون تحديد لا يخلو من الإفتئات على حق الأفراد فى حياتهم الخاصة ويتناقض مع التكييف الذى أقرت فى قضاء النقض بمساواة المراقبة التليفونية والتسجيل بأعمال التفتيش لأنه لا يجوز أن يصدر إذن التفتيش مطلقاً غير محدود ويتعارض أيضاً مع كون هذا الإجراء استثنائى .

ثانياً : أن يكون تنفيذ الإذن الصادر بمراقبة المحادثات التليفونية والتسجيلات الخاصة تحت سيطرة سلطات التحقيق

سيطرة فعلية لا شكلية وأن يكون إشراف سلطات التحقيق على القائمين على أعمال المساعدات الفنية إشرافاً حقيقياً .

وقد يرد علينا بأن العمل الذى يقوم به رجال المساعدات الفنية هو عمل مادى وأنه لا يمكن تكليف رجال النيابة العامة بالإشراف الفعلى على هذه الأعمال حتى يتفرغوا تماماً لأعمال التحقيق الإبتدائى بالمعنى القانونى .

وردنا على ذلك أن قيام النيابة العامة بالإشراف الفعلى والحقيقى على تنفيذ الأذون من الناحية الفنية يعطى قيمة حقيقية وقانونية لهذا الإجراء - مراقبة المحادثات - والدليل المستمد منه . ويضفى عليه قوة فى الإثبات الجنائى ويبعده عن الشكوك والطعون التى توجه إليه .

وبالإضافة إلى أن المصلحة العامة التى تهدف إليها سلطات التحقيق هو كشف الحقيقة وتضييق الخناق على مرتكبى الجرائم حماية للمجتمع والأفراد . لذلك نرى أن يلحق رجال المساعدات الفنية بوزارة العدل ومكتب الخبراء وأن يصدر من السيد النائب العام قرار بندب أحد السادة رؤساء النيابة العامة للإشراف على غرفة المساعدات الفنية . ويكون ذلك بصفة دورية وأتصور أن يكون العمل بهذه الغرفة - المساعدات الفنية كالآتى - أنه عند صدور إذن النيابة العامة بعد استئذان القاضى الجزئى المختص وندب النيابة لأحد مأمورى الضبط القضائى لتنفيذه - يتوجه الأخير إلى الغرفة المختصة للمساعدات الفنية ويقوم بالتعاون مع العاملين بها من تنفيذ الإذن تحت إشراف السيد رئيس النيابة المنتدب لهذا العمل . وعند انتهاء التسجيلات يرسل الشريط المسجل إلى النيابة العامة المختصة القائمة بالتحقيق فى موضوع الإذن . وبذلك يطمئن القاضى إلى ما جاء بهذه الأشرطة من أحاديث له أن يأخذ بها وهو على يقين من عدم حدوث تلاعب بها .

ثالثاً : ينبغى إطلاع أعضاء النيابة العامة على الأشرطة الخام قبل التسجيل عليها . للتأكد من عدم وجود أحاديث مسجلة قبل الحصول على إذن القاضى الجزئى والنيابة العامة ويمكن أن يفتتح وكيل النيابة المحقق الشريط ببصمة صوته بما يفيد اطلاعه على الشريط وعدم وجود تسجيلات سابقة وتاريخ وساعة صدور الإذن .

رابعاً : أن يرشح للعمل بالمساعدات الفنية أفراد على مستوى عال علمى وأدبى - وأن يختاروا بدقة - وأن يؤدوا اليمين القانونية على أداء عملهم بأمانة وصدق والمحافظة على الأسرار التى تصل إليهم نتيجة عملهم .

خامساً : أن تزود غرفة المساعدات الفنية بأحدث الأجهزة الميكانيكية المتقدمة . بحيث يمكن تحديد وقت كل محادثة بدقة .

وأخيراً

« ويؤكد ما انتهيت إليه فى هذا البحث - الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية فى إحدى القضايا التى شغلت الرأى العام المصرى والأجنبى . وهو الحكم الصادر فى القضية رقم ٨٧٦ لسنة ٥٨ قضائية بتاريخ ٨ يونية سنة ١٩٨٨ - المعروفة باسم (قضية الصناعة) غير منشور -

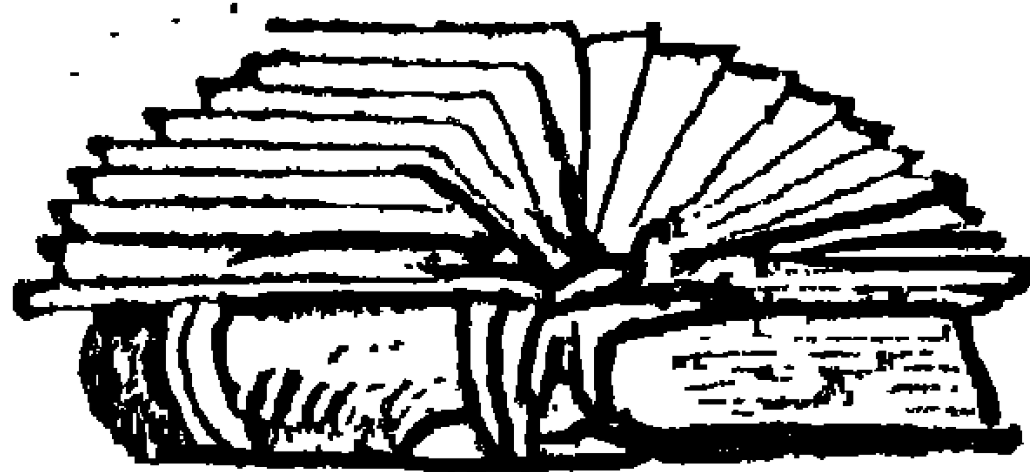
قالت المحكمة فى شأن تسجيل المحادثات التليفونية الآتى :

« ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أطرح الدليل المستمد من التسجيلات الهاتفية فى قوله (وقد راعت المحكمة عندما قررت الإلتفات عن هذه التسجيلات برمتها أنها استمعت إلى هذه التسجيلات بجلسات المحاكمة ووجدتها بحالة لا تدفع إلى الإطمئنان إليها . والثقة فيها .

وذلك لما احتوته من فراغات أو ضمتها المحكمة فى محاضر الجلسات . وما جاء بها من شوشرة وما تبين من أصوات غير عادية . تجعل المحكمة كما سلف لا تطمئن إلى هذه التسجيلات خاصة وأن التقدم العلمى يجعل من السهل التعديل فى التسجيل والإضافة إليه والمحو منه من السهولة بمكان . فإذا أضيف إلى ما سلف البيان أن الشرائط قد جاءت كلها خلواً من تاريخ التسجيل فيها بحيث يتعذر تبيان متى كان التسجيل وترتيبه وهل كان ذلك سابقاً أو لاحقاً على صدور الإذن بالتسجيل وإذا أضيف أيضاً أن هناك أذون قد صدرت

بالتسجيل لمن عدا المقدمة الأشرطة عنهم ولم تقدم الشرطة أياً من هذه التسجيلات رغم أن الإذن الصادر قد ألزمهم بتحرير محضر بالإجراءات وإذ تبين أن التسجيلات ظلت بعيدة عن يدى سلطة التحقيق لفترة طالت أم قصرت بحيث لم تكن

منذ لحظة انتهاء التسجيل فى حوزتها وتحت سيطرتها وإذ تبين أيضاً أن غير سلطة التحقيق قد تستمع إلى الأشرطة وقام بتفريغها بل وكان التفريغ مختلفاً عما استمعت إليه المحكمة . الأمر الذى تطرح به المحكمة هذه التسجلات جانباً وتلتفت عنها . ولا تعيرها دليلاً فى الدعوى . أما وقد فعلت فانه يصبح غير ذى موضوع كل ما استهدف هذه التسجيلات من دفوع (ولما كان ذلك وكان من المقرر أن العبرة فى المحاكمات الجنائية هى باقتناع قاض الموضوع بناء على الأدلة المطروحة أمامه على بساط البحث بإدانة المتهم أو براءته . وكانت المحكمة قد أفصحت بأسباب كافية وسائغة عن علة إطراحها التسجيلات الهاتفية برمتها فانه ينحسر عن الحكم قالة القصور فى التسبيب والفساد فى الإستدلال . ولا يقدح فى ذلك ما ذهبت إليه النيابة العامة من أن الأمر كان يستوجب على المحكمة قبل أن تطرح التسجيلات الإستعانة بأهل الخبرة بدعوى أن المسألة فنية صرف . ذلك بأن ما أوردته المحكمة فى شأنها على السياق المقدم – لا يعدو أن يكون علماً عاماً لا تلتزم المحكمة ببيان الدليل عليه . ولعله كان يكون للطاعنة وجهة لنعيها بخطأ الحكم فى هذا الشأن لو أنها قدمت دليلاً يحمل الشك على أن المحكمة أخطأت فيما قالته فى هذا الخصوص .



المراجع

١ – نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية .
رسالة دكتوراه – القاهرة ١٩٥٩ د / أحمد فتحى سرور .

٢ – الدكتور أحمد خليفة : مشروعية تسجيل الصوت فى التحقيق الجنائى .
مجلة الأمن العام ١ إبريل سنة ١٩٥٨ م .

٣ – الدكتور إدوار غالى الدهبى .
التعدى على سرية المراسلات – المجلة الجنائية القومية يوليو ١٩٦٦ .

٤ – الدكتورة أمال عثمان « الخبرة فى المسائل الجنائية » .
رسالة دكتوراه سنة ١٩٦٤ .

٥ – الدكتور سامى الحسينى « النظرية العامة للتفتيش » .
رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٢ .

٦ – الدكتور رؤوف عبيد « ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية .

٧ – الدكتور عادل غانم « الوسائل العلمية للكشف عن الجريمة – مشروعيتها وحجيتها .
المجلة العربية للدفاع الإجتماعى عدد يناير ١٩٦٩ .

٨ – الدكتور محمود مصطفى « شرح قانون الإجراءات الجنائية » .
طبعة ١٩٦٤ م .

٩ – الدكتور يسر أنور على « الدفاع الشرعى – دراسة لمبدأ المشروعية » .
المجلة الجنائية القومية سنة ١٩٦٩ .

١٠ – الدكتور ممدوح خليل البحر « حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائى .
رسالة سنة ١٩٨٣ م .

١١ – الدكتور هلالى عبدالله أحمد « النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية .
رسالة دكتوراه – القاهرة – طبعة ١٩٧٨ م .

١٢ – الدكتور سعيد عبداللطيف حسن « الحكم الجنائى الصادر بالإدانة » .
رسالة دكتوراه سنة ١٩٨٩ .

١٣ – الدكتور – محمد ذكى أبو عامر « الحماية الجنائية للحريات الشخصية .

١٤ – الدكتور حسين محمود إبراهيم « الوسائل العلمية الحديثة فى الإثبات الجنائى .
طبعة سنة ١٩٨١ م .

١٥ – مجموعة أحكام النقض – المكتب الفنى .

١٦ – الدكتور حامد راشد « الحماية الجنائية للحق فى حرمة المسكن » .

اثبات الجنسية

للسيد الأستاذ / د . هشام خالد
المحامى

أهمية المسألة :

يحتاج الفرد فى مواضع عديدة ، إلى اثبات تمتعه بجنسية دولة معينة ، أو عدم تمتعه بجنسية أخرى .

فإذا قامت السلطات المصرية بمحاولة لابعاد شخص معين ظنت أنه غير مصرى ، فهنا يحق للأخير اثبات تمتعه بالجنسية المصرية ، حفاظا على حق القرار فى الاقليم المصرى .

ومن شأن نجاحه فى اثبات مصريته ان يبقى فى مصر ولا يبارحها بحال . فى حين ان فشله فى اثبات تمتعه بالجنسية المصرية ، يؤدى بالضرورة إلى ابعاده عن الاقليم المعنى .

وعلى هذا الأساس تبدو أهمية الاثبات فى الموضع الماثل . وما يراد اثباته هنا ، هو الجنسية المصرية .

وقد تقوم وزارة الدفاع بمطالبة شخص معين ، قام الظن لديها على كونه مصرى ، بالالتحاق بالجيش لأداء ضريبة الدم .

فهنا يحق للأخير ان يثبت للجهة المتقدمة ، عدم تمتعه بالجنسية المصرية وذلك لعدم الوفاء بالتزام ، لايفرضه القانون المصرى عليه .

فالثابت أن الخدمة العسكرية واجب على الوطنيين دون سواهم . فهنا تبدو أهمية نفى الجنسية المصرية عن الشخص المعنى .

وقد يعرض الأمر على القضاء ، ويثور التنازع بين الخصوم حول القانون الواجب التطبيق على علاقة معنية ، تشير قاعدة الاسناد المصرية بتطبيق قانون جنسية الشخص المعنى بصددها .

ففى هذا الفرض يثور التساؤل حول كيفية اثبات جنسية من سلف ذكره ، تمهيدا لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع .

يبين لنا مما تقدم ، ان اثبات الجنسية أو نفيها ، أمران ، يمكن أن يعرضا أمام جهة الادارة فى بعض الفروض ، وأمام السلطة القضائية ، فى فروض أخرى . ولكن دراستنا الماثلة لمسألة اثبات الجنسية ، سوف تقتصر أساسا على المسائل التى يثيرها الموضوع المعنى ، أمام جهات القضاء المصرى .

أما اثبات الجنسية المعنية ، أمام جهات الادارة المصرية ، فأمر ، يحتاج إلى دراسات خاصة ، حسب الجهة الادارية التى يراد الاثبات أمامها ، وسوف تقتصر الاشارة إليه فى المواضع اللازمة .

وأيا ما كان الأمر ، فالموضوع الماثل ، يثير ثلاث مسائل :

أولا : محل الاثبات .

ثانيا : عبء الاثبات .

ثالثا : طرق الاثبات .

ونشرع الآن فى بيان مضمون كل فكرة من الأفكار المتقدمة ، كل على حدة .

الفصـل الأول

محـل الاثبات

- المقصود بمحل الاثبات فى مادة الجنسية .

أ - محل الاثبات تصرف قانونى .

ب - محل الاثبات واقعة مادية .

جـ - محل الاثبات واقعة وتصرف .

المقصود بمحل الإثبات فى مادة الجنسية :

يذهب الفقه إلى القول ، بأن الشخص المعنى ، لايقوم باثبات الحق الذى يتمسك به أو بانقضائه ، بل هو يثبت الواقعة التى انشأت حقه ، أو التى أدت إلى زوال حق معين ، يتمسك الغير به ضده .

فمحل الاثبات ، أما أن يكون واقعة أو تصرف . وفى الحالين يرتب القانون أثرا معينا على تحقق أي منهما .

فإثبات حدوث واقعة مادية ، من شأنه ترتيب أثر قانونى معين ، كما أن اثبات حدوث تصرف قانونى ، من شأنه ترتيب أثر قانونى معين أيضا .

وإذا انتقلنا من القاعدة العامة فى الاثبات إلى المجال الماثل ، لقلنا أن محل الاثبات هنا اما أن يكون واقعة أو تصرف ، أو الاثنين معا .

فالميلاد لأب مصرى ، كما رأينا سبب موجب لكسب الجنسية المصرية . فإذا اراد الوليد ان يثبت تمتعه بالجنسية المصرية استنادا إلى السبب السابق ، فيجب عليه أن يثبت ان والده متمتع بالجنسية المصرية .

كما أن الزواج المختلط سبب موجب لكسب الجنسية المصرية ، بضوابط معينة . فإذا أراد شخص معين الأستناد إلى السبب السابق فى كسب الجنسية فيجب عليه ان يثبت عدة أمور منها القانونى ومنها الواقعى .

ففى كل الأمثلة السابقة ، يجب على الشخص المعنى ، اثبات وقائع وتصرفات معينة ، لامكان اثبات تمتعه بجنسية معينة ، ولتكن الجنسية المصرية .

وفى فروض أخرى ، يحق للشخص المعنى اثبات واقعة معينة أو تصرف قانونى ، كان من شأنهما زوال الصفة الوطنية عنه .

وبعد أن فرغنا من بيان محل الاثبات ، نتصدى لبيان عبء الاثبات .

الفصل الثانى

عبء الاثبات

- النص القانونى المنظم للمسألة وأصوله التاريخية .
- مضمون المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصرى .
- الاتجاه الأول .
- الاتجاه الثانى .
- امتياز الادارة العامة وأثره فى الاثبات .
- الحالة الظاهرة للشخص وأثرها فى الاثبات .
- شهادة الجنسية وأثرها فى الاثبات .

أ - تنص المادة ٢٩ من قانون الجنسية المصرى الصادر عام ١٩٥٨ على أنه :

«يقع عبء الاثبات فى مسائل الجنسية على من يدعى

انه يتمتع بالجنسية المصرية أو يدفع بأنه غير داخل فيها» .

وتجدر الاشارة إلى أن النص المتقدم ، يقترب كثيرا من نص المادة ٢٥ من قانون الجنسية المصرى الصادر عام ١٩٥٠ . أما قانون الجنسية المصرى الصادر عام ١٩٢٩ فلم يتعرض للمسألة المتقدمة ، على ذات النحو .

ومع ذلك ، فقد ذهبت المادة ٢٢ منه إلى أنه :

«كل شخص يسكن الأراضى المصرية يعتبر مصريا ويعامل بهذه الصفة إلى أن تثبت جنسيته على الوجه الصحيح» .

وقد استفاد الفقه الراجح ، من النص السابق ، أنه كان بمثابة قرينة قانونية تقررت لصالح الدولة المصرية ، بمقتضاها يحق لها أن تتعامل مع كل ساكن للاقليم المصرى ، على أنه وطنى . فإذا اراد شخص معين ، أن ينكر صفته المصرية ، فيجب عليه اثبات ذلك .

والأصل التاريخى لنص المادة المتقدمة ، هو قانون الجنسية العثمانى . ومرجع ذلك ، هو أن المواطنين ، قد اعتادوا على التمسك بصفتهم الأجنبية فى الدولة العثمانية ، لكى يستفيدوا من بعض الامتيازات المقررة للدول الممتازة . وكان المتقدمون يطلقون الادعاء بهدف الاستفادة من هذه الامتيازات .

وازاء ذلك ، تم وضع النص المعنى فى قانون الجنسية العثمانى ، بحيث يجوز معه ، للدولة العثمانية ، اعتبار الشخص المعنى رعوية محلية ، ما دام الأخير ساكنا اقليم الدولة العثمانية . ومع ذلك ، فله حق نفى القرينة المتقدمة ، باثبات تمتعه بجنسية دولة أخرى .

ولذات الوضع السابق ، تم وضع المادة ٢٢ من قانون الجنسية المصرى لعام ١٩٢٩ رعاية للمصلحة السابقة .

فقد كانت مصر تبيح باشخاص ينتمون لدول ممتازة وكان هناك اشخاصا لا يعرف لهم جنسية . وقد اعتادوا ادعاء مصريتهم إذا كان ذلك فى صالحهم ، مع ادعاء الصفة الأجنبية ، تمتعا بالامتيازات المعنية .

ومثل هذا الوضع خلق صعوبات جمة لدى الحكومة المصرية ، الأمر الذى دفعها إلى نقل المادة سالفة البيان من قانون الجنسية العثمانى .

وبهذه المثابة ، فإن الحكومة المصرية تعتبر كل من يوجد على الاقليم المصرى ، مصريا ، ويحق لها بناء على ذلك الزامه بالتكاليف العامة التى يتحملها المصريون ، دون ان تلتزم الأخيرة بعبء اثبات تمتع الشخص المعنى بالجنسية المصرية ، حيث يشق عليها ذلك ، ولاشك فالقرينة الواردة فى المادة ٢٢ تغنيها عن العبء المتقدم .

ومع ذلك ، يحق للشخص المعنى ان يدفع هذه القرينة ، باثبات تمتعه بالجنسية الأجنبية لاحدى الدول الممتازة أو لخلافها من الدول .

أما إذا ادعى شخص معين ، تمتعه بالجنسية المصرية ، هنا يتعين عليه اقامة الدليل على دعواه ، حيث أنه لايفيد من القرينة الواردة المتقدمة ، ومقتضاها أن كل من يوجد فى الاقليم المصرى يعتبر مصريا ، لأن القرينة الأخيرة ، مقررة لصالح الدولة المصرية ، دون سواها ، رعاية للمصلحة العامة .

ومن هذا المنطلق ، ذهبت محكمة النقض المصرية فى الحكم الصادر عنها بجلسة ٢٨ مارس ١٩٥٦ ، إلى أن قرينة الجنسية المصرية الواردة فى المادة ٢٢ من قانون ١٩٢٩ هى «قرينة احتياطية مؤقتة بسبب الفرض الذى شرعت من أجله وهو افتراض الدولة ، الجنسية المصرية للساكنين بها الذين لم تثبت جنسيتهم الأجنبية أو المصرية كما أنها من جهة أخرى قرينة سلبية لأنها لا تمنح فى مواجهة الافراد جنسية مصرية حقيقية لمن يدعى أنه مصرى . إذ لا مناص عندئذ من أن يثبت المدعى الجنسية المصرية وذلك من غير أن تعتبر تلك القرينة سندا فى الاثبات ، ودون أن تعتبر من قبيل القرائن المقررة لمصلحة من يدعى تمتعه بالجنسية المصرية» .

(تراجع مجموعة أحكام النقض ، السنة ٧ ، ص ٣٩٠) .

ب – وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصرى الحالى الصادر عام ١٩٧٥ على أنه :

«يقع عبء اثبات الجنسية على من يتمسك بالجنسية المصرية أو يدفع بعدم دخوله فيها» .

ج – وقد نصت المادة ٢٩ من قانون الجنسية السورى على أنه :

«يقع عبء الاثبات فى مسائل الجنسية على كل من يدعى أنه يتمتع بها أو يدفع بانه غير متمتع بها» .

د – وتنص المادة ٢٠ من القانون الكويتى على أنه :

«عبء الاثبات يقع على من يدعى أنه يتمتع بالجنسية الكويتية» .

هـ – وتنص المادة ٣١ من القانون الجزائري للجنسية على أنه :

«يتحمل الاثبات فى قضايا الجنسية كل شخص سواء كان بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع يدعى هو نفسه أو شخص آخر بأنه يحمل أو لايحمل الجنسية الجزائرية» .

و – وتنص المادة ٣٠ من القانون المغربى للجنسية على أنه :

«يتحمل الاثبات فى قضايا الجنسية لدى المحاكم العدلية كل شخص يدعى الجنسية المغربية لنفسه أو لغيره أو ينكرها كذلك بدعوى أصلية أو عن طريق الدفع» .

ز – وتنص المادة ٥٩ من قانون الجنسية التونسى على أنه :

«على من يدعى أنه تونسى أو غير تونسى سواء بطريق القيام بدعوى أصلية أو بطريق الدفع أثناء نشر قضية ، ويكون هذا العبء على من ينازع شخصا فى جنسيته التونسية بنفس الطرق وكانت لذلك الشخص شهادة فيها سلمت له طبق أحكام الفصل ٦٣ ومابعده من هذه المجلة» .

وتجدر الاشارة فى المقام الماثل ، إلى أن بعض التشريعات العربية ، لم تتصد لتنظيم مسألة اثبات الجنسية ، بنصوص خاصة ، تاركة الأمر للقواعد العامة فى الاثبات . مثال ذلك القانون اللبنانى ، العراقى ، الأردنى ، السعودى ، العمانى .

وتدعو الحاجة الآن ، إلى وضع تنظيم شامل لمسألة اثبات الجنسية ، نظرا لعجز القواعد العامة فى الاثبات ، عن الوفاء بمتطلبات الاثبات فى المادة الجنسية .

مضمون المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصرى :

يبين لنا من نص المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصرى أنها تطبيق للقواعد العامة فى مادة الاثبات ، والتى توجب على من يدعى شيئا ان يثبته .

فمن يدعى الجنسية المصرية عليه عبء اثباتها . كما أنه من يدعى عدم تمتعه بالجنسية المصرية ، عليه عبء اثبات ما يدعيه .

ولكن يدق الأمر ، إذا كان النزاع حول جنسية شخص آخر ، خلافا لمن آثار النزاع . فقد يدفع (أ) وهو أحد الخصوم فى دعوى مطروحة على القضاء ، أن خصمه (ب) يتمتع بجنسية معينة أو لا يتمتع بها . فهنا يثور التساؤل حول كيفية أعمال المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصرية ، سالفة البيان .

هل نلزم من آثار النزاع بعبء اثبات ما يدعيه ، أم يناط أمر الاثبات هنا بالشخص محل النزاع ؟

فمن ناحية أولى :

يذهب البعض إلى أن الشخص الذى ثار النزاع حول جنسيته ، هو الذى يتحمل عبء الاثبات هنا ، فهو الذى يتحمل عبء اثبات تمتعه بجنسية ما أو بعدم تمتعه بجنسية معينة .

وأساس هذا الاتجاه ، ان الشخص المعنى ، هو الذى بوسعه اثبات الجنسية المعنية . ومن ثم ، تم تحميله عبء الاثبات ، خلافا للقواعد العامة فى مادة الاثبات ولظاهر المادة ٢٤ ، والتى تفيد لأول وهلة ، ان من يدعى شيئا يقع عليه عبء اثباته .

ومن ناحية ثانية :

يذهب اتجاه آخر من الفقه ، إلى التمسك باهداب نص المادة ٢٤ ، مقررا وجوب أعمال القواعد العامة فى مادة الاثبات ، والتى تتوافق مع ظاهر نص المادة المتقدمة .

وعلى هذا الاساس ، فإن من آثار النزاع حول جنسية شخص معين ، يقع عليه عبء ، اثبات مازعمه .

فإذا كان (أ) قد ادعى ان (ب) لايتمتع بالجنسية المصرية ، وجب على (أ) اقامة الدليل المقرر قانونا على عدم تمتع (ب) بالجنسية المصرية .

وإذا ادعى (أ) ان (ب) يتمتع بالجنسية المصرية ، وجب عليه اقامة الدليل المقرر قانونا على صحة زعمه .

ويكاد يجمع الفقه المصرى الراجح ، على الأخذ بالحل المتقدم .

والثابت ان فكرة حيازة الحالة ، قرينة على تمتع الشخص المعنى بالجنسية الوطنية . وعلى من يدعى خلافا للظاهر ، ان يقيم الدليل على دعواه .

ومن يحمل شهادة جنسية ، صادرة عن وزارة الداخلية المصرية ، توجد قرينة فى صالحه على تمتعه بالجنسية المصرية ، وعلى من يدعى خلافا لذلك ، يقع عبء اثبات دعواه .

والقاء عبء الاثبات ، على من يدعى خلافا للظاهر ، أمر يقوم على مبررات معقولة وعادلة .

فالأخير هو الذى آثار النزاع ، وهو صاحب المصلحة فى اثبات ما يدعيه ، ومن ثم يجب تحميله بهذا العبء .

كما أن العدل يوجب ذلك ، وإلا كان من شأن الادعاء

المتقدم ، تحميل المدعى عليه بإعباء قد لايطيقها ، لاسيما إذا كان المدعى مثير النزاع ، ليس له حق فيما يزعمه .

امتياز الادارة العامة وأثره فى الاثبات :

إذا كان الثابت مما تقدم ، ان على من يدعى شيئا خلافا للظاهر ، يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه . فإن القاعدة المتقدمة ، إنما يتم اعمالها فى نطاق علاقات الأفراد ، بعضهم بالبعض الآخر .

وعلى العكس من ذلك ، فالمعروف ان للادارة العامة ، امتيازات كثيرة ، تجعلها فى مركز متفوق على الأفراد الخاصة .

وبموجب امتياز الادارة ، يحق لها أن تعامل شخصا معينا على أنه وطنى ، ومن ثم تقوم بضمه لجيشها لأداء الخدمة العسكرية . كما أنها تستطيع ان تعتبر آخرا أجنبيا ، فتقوم بابعاده من الديار المصرية ، لقيامه بأداء أمر موجب لذلك .

ويسمى البعض الوضع السابق ، بامتياز التنفيذ المباشر ، رغم عدم دقة هذا التعبير ، فى الموضع الماثل .

وأيا ما كان الأمر ، فالادارة العامة تقوم هنا بأعمال ما قد تراءى لها ، دون رجوع إلى القضاء المختص ، للحكم لها بما تدعيه ، من المعنى وطنيا ، أو أجنبيا .

والمفروض أن تهدف الادارة من الاجراءات السابقة ، المصلحة العامة . فإذا انحرفت عن هذا الهدف حق للفرد الحصول على التعويض المناسب عن الضرر الذى ألحق به من جراء تعسف الادارة فى استخدام الامتياز سالف البيان قبله .

وفى كل حال يحق للشخص المعنى أن يلجأ إلى القضاء مطالبا اياه ، الغاء القرار الصادر من جهة الأدارة باعتباره وطنيا حال كونه أجنبيا . أو باعتباره أجنبيا حال كونه وطنيا .

ويرى البعض ، أن أساس الامتياز السابق ، والذى قرره التشريع لجهة الادارة ، صعوبة قيامها باثبات تمتع الشخص المعنى بالجنسية الوطنية ، حال طلبه لأداء الخدمة العسكرية ، أو صعوبة قيامها باثبات جنسيته الأجنبية ، حال قيامها بابعاده عن الديار المصرية .

وتجدر الاشارة ، إلى أن الامتياز السابق ، يتم اعماله فى علاقة الفرد بجهة الادارة خارج مجلس القضاء .

أما داخل مجلس القضاء ، فالمساواة بين الفرد والأدارة أمر لازم ولاشك .

الحالة الظاهرة للشخص وأثرها فى الاثبات :

قلنا من قبل أن من يدعى أمرا خلافا لما هو ثابت ظاهرا ، يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه . فإذا كان ظاهر الحال ، يكشف عن ان شخصا معينا مصريا ، فإن من يدعى خلافا لذلك ، يقع عليه عبء اثبات ادعاءاته .

ولكن يثور التساؤل ، عن الامارات التى يستدل بها على أن الحالة الظاهرة لشخص معين تفيد أنه مصرى .

يذهب الفقه الراجح إلى أن دلائل وأمارات الحالة الظاهرة ، تكمن فى ثلاث أمور أساسية :

أ – الاسم .
ب – الشهرة .
جـ – المعاملة .

أ – فمن يحمل اسما من الأسماء التى اعتاد المصريون

التسمى بها ، يعتبر مصريا .

ومثال الاسماء المعنية : أحمد ، محمد ، ابراهيم ، على ، اسماعيل ، اسحاق ، ميخائيل ... الخ .

وعلى خلاف ذلك ، فالاسماء الاعجمية غير المعتادة فى مصر ، لاتفيد تمتع حاملها بالصفة الوطنية ، اعمالا لقاعدة الحالة الظاهرة .

ويقصد بالاسماء المعنية هنا : جان ، جاك ، اندرسون ، لاجادر ، كارتر ، جونسون .. الخ .

فظاهر الحال ، ان من يتسمى بأى من الأسماء المتقدمة ، يفيد عدم اعتباره مصريا ، إلى أن يثبت العكس .

ب - كذا ، فإن من اشتهر عنه الصفة الوطنية ، تنهض فى صالحه حالة ظاهرة ، مقتضاها تمتعه بالصفة الوطنية ، إلى أن يثبت العكس ..

ج - وأفضلا عما تقدم ، فإن من يعامل معاملة الوطنيين ، تنهض فى صالحه أيضا قرينة على تمتعه بالصفة الوطنية ، اعمالا لقاعدة الحالة الظاهرة .

فمن يلتحق بالجيش المصرى يعتبر ظاهرا من المصريين . ومن يرفض تجنيده رغم تحقق الشروط اللازمة لذلك ، يعتبر أجنبيا ، ظاهرا .

ومن القرائن المعنية هنا :

- حمل جواز سفر مصرى ، أو بطاقة انتخابية مصرية ، أو شغل وظيفة عامة فى مصر ، مقصورة عن الاجانب .

ففى جميع هذه الأحوال ، يكون ظاهر الحال ، تمتع الشخص المعنى بالجنسية المصرية .

والحالة الظاهرة ، تعتبر قرينة قضائية ، يترشد بها القاضى المصرى ، حال عرض المنازعة المعنية عليه للحكم فيها . ويختلف هذا الوضع عما هو سائد فى فرنسا ، حيث تعتبر الحالة الظاهرة قرينة قانونية ، لايحيد القاضى عنها ، إلا إذا قام منكرها ، باثبات عدم تحقق أى سبب من الأسباب الموجبة لكسب الجنسية الفرنسية فى حق الشخص المعنى (حائز الحالة الفرنسية) ، وهو أمر بالغ الصعوبة .

شهادة الجنسية وأثرها فى الاثبات :

شهادة الجنسية ، هى وثيقة مكتوبة ، صادرة عن وزارة الداخلية المصرية ، تفيد تمتع حاملها بالجنسية المصرية .

وقد نصت المادة ٢١ من قانون الجنسية المصرية على أنه :

«يعطى وزير الداخلية كل ذى شأن شهادة بالجنسية المصرية مقابل أداء رسم لا يجاوز خمسة جنيهات وذلك بعد التحقق من ثبوت الجنسية ، ويصدر بتحديد الرسم قرار من وزير الداخلية» .

فالشهادة السابقة لها حجيتها القانونية ، حيث تقيل حاملها من عبء اثبات تمتعه بالجنسية المصرية ، وتوجب على من يدعى خلافا لذلك ، اقامة الدليل على صحة ادعاءاته .

وتجدر الاشارة ، إلى حق وزارة الداخلية فى الغاء الشهادة المتقدمة بموجب قرار مسبب يصدر عنها فى هذا الصدد ، اعمالا للفقرة الثانية من المادة ٢١ سالفة البيان .

كما يحق لكل صاحب مصلحة ، اقامة الدليل على قيام الشهادة المتقدمة ، على اعتبارات غير واقعية ، على النحو الذى ينتهى بالقضاء ، إلى الحكم بعدم تمتع الشخص المعنى بالجنسية المصرية ، خلافا لما اثبتته الشهادة المتقدمة .

وقد أكد القضاء المصرى النظر السابق ، فحكم بأن «شهادة وزير الداخلية لا تكسب الجنسية المصرية خلافا لحكم القانون ، فهى مجرد قرينة بسيطة» .

(محكمة القضاء الادارى ، جلسة ١٩٥٠/٦/٢٠ ، س ٤ ، ص ٩١٤) .

كما حكم بأن «الجنسية المصرية إنما تثبت بحكم القانون لمن تتوافر فيه احدى الحالات التى نص عليها قانون الجنسية ، والمحكمة هى المختصة أخيرا بالفصل فى ذلك دون أن تتقيد بشهادة وزير االداخلية» .

(نقض مصرى ، جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٨ ، س ٤ ، ص ٥١) .

(نـــــقض مصرى ١٩٧٠/٥/٢٠ ، س ٢١ ، ص ٨٧٣) .

وفضلا عن ذلك ، حكم بأن شهادة الجنسية «ليست حجة قاطعة فى اثبات الجنسية وانما هى دليل قابل لاثبات عكسه أمام القضاء الذى فى النهاية حق الفصل فى قيمة هذه الشهادة» .

(محكمة القضاء الأدارى ، ١٩٥٤/١١/١٦ ، س ٩ ، ص ٢٨) .

ولاينال من حق القضاء فى نقض ما جاء فى شهادة الجنسية ، ما قد يفيده ظاهر المادة ٢١ ، والذى ذهبت إلى أن للشهادة المتقدمة حجية قانونية «ما لم تلغ بقرار مسبب من وزير الداخلية» .

(محكمة القضاء الأدارى ، جلسة ١٩٥٤/١١/١٦) .

فيجب ان تفهم المادة المتقدمة ، على أنها تبين الطريق الأدارى الذى يتم بموجبه الرجوع عما قررته هذه الشهادة . فمن الطبيعى أن يتم العدول عن مضمون الشهادة من ذات الجهة التى أصدرتها أى وزارة الداخلية ، على أن يكون قرر العدول مسببا .

ومرجع الغاء الشهادة المتقدمة ، قد يكون كذب أو تزوير بعض البيانات المقدمة من ذوى الشأن فى هذا الصدد .

وقد يكون مرجع الالغاء ، زوال الجنسية المصرية عن حامل الشهادة ، إذ طرأ ذلك بعد صدورها .

وقد يرجع الغاء الشهادة ، إلى صدور حكم من القضاء ، يفيد عدم ثبوت الجنسية المصرية للشخص المعنى ، أو زوالها عنه بعد أن ثبتت له .

ويحق لوزير الداخلية الغاء شهادة الجنسية ، حتى بعد فوات المواعيد المقررة لسحب القرارات الأدارية ، حسبما توجد القواعد العامة فى هذا الصدد .

ومع ذلك ، يجب أن يكون القرار الصادر من وزير الداخلية بالالغاء مسببا فى كل حال .

وأساس هذا النظر ، هو منح الطمأنينة للأفراد المعنيين ، حيث تؤكد الأسباب المعنية لهم ، عدم أحقيتهم فى حمل شهادة الجنسية .

هذا إلى أن الأسباب الواردة فى قرار الالغاء ، هى التى

سيقوم القضاء بمراقبتها ، للتأكد من صحتها أو عدم صحتها .

ففي الحالة الأولى ، سوف يرفض القضاء طلب الغاء القرار الصادر بالالغاء . وفي الحالة الثانية ، سوف يتم الغاء القرار ، لعدم قيامه على أسباب سليمة . ومن هنا تبدو أهمية تسبيب قرارات الالغاء في هذا المقام .

وفي الحالة التي يرفض فيها ، منح شهادة الجنسية لطالبها ، سواء تم ذلك ، صراحة أو ضمنا ، «فإنه يكون لصاحب الشأن حق المنازعة في جنسيته أمام الجهات المختصة ، فيكون له أن يطعن في قرار رفض طلب الشهادة أمام القضاء الأداري وحينئذ تطرح مسألة الجنسية أمام هذا القضاء ، فإذا تمكن الشخص من اثبات جنسيته قضى بالغاء القرار ، ويكون على وزير الداخلية تنفيذا للحكم الصادر بالغاء قرار الرفض ، ان يعطى شهادة الجنسية» .

الفصل الثالث
طرق الاثبات

أولا : اثبات الصفة الوطنية .

أ - اثبات الجنسية بالدليل المعد .

- الادلة المقبولة ..
- الادلة المستبعدة .
- جواز السفر .
- شهادة الميلاد .
- شهادة التجنيد .
- البطاقة العائلية .
- البطاقة الشخصية .
- السجل التجاري .
- اقرارات الضرائب .

ب - اثبات الجنسية بالدليل غير المعد .

- الجزاءات الجنائية المقررة حال تقديم بيانات كاذبة .

ثانيا : اثبات الصفة الأجنبية .

أ - أثبات عدم تواجد الشخص المعنى في إحدى حالات الجنسية المصرية .

ب - إثبات الشخص المعنى زوال الجنسية المصرية عنه .

ج - إثبات تمتع الشخص بجنسية أجنبية معينة .

أولا - إثبات الصفة الوطنية

نشير من البداية ، مع الفقه الراجح ، أن هناك ثمة طرق في الأثبات ، لا يمكن اللجوء إليها في المقام الماثل ، والمقصود بذلك :

أ - الشهادة .
ب - اليمين .
ج - الاقرار .

ويذهب البعض إلى أن تلك الأدلة غير منتجة في المقام الماثل ، حيث لا يحق للمرء أن يصطنع دليلا لنفسه لأثبات جنسيته .

والقول المتقدم ، بحالته هذه ، يعيبه عدم الدقة في التعبير . فشهادة الشهود على أقل تقدير ، لا يمكن أن تعتبر بمثابة دليل مصطنع . لهذا يحسن القول ، بأن الأدلة المتقدمة ، غير مناسبة ، في مادة الجنسية .

ومع ذلك ، يمكن أن تكون البينة احدى العناصر المكونة لعقيدة القاضي في هذا المقام ، عند الفصل في المنازعة المعنية .

(المحكمة الأدارية العليا المصرية ، جلسة ١٩٦٤/١/٢٨ ، مجموعة ١٠ سنوات ، ١٩٥٥ ، ١٩٦٥ ، ص ٤٢٦) .

مع ذلك ، تجدر الأشارة إلى أن المادة ٢١ من قانون الجنسية الكويتي ، قد أجاز

التعويل على شهادة الشهود كوسيلة لاثبات الجنسية الكويتية .

وأيا ما كان الأمر ، فإن إثبات الجنسية ، قد يكون بدليل معد سلفا ، وقد لايكون كذلك . وسوف نقوم الآن ببيان حكم كل حالة على حدة .

أولا : إثبات الجنسية بالدليل المعد :

ويقصد بالدليل المعد فى هذا المقام : شهادة الجنسية ، قرار التجنس ، قانون التجنس ، المعاهدة أو الأتفاقية المقررة للجنسية ، الحكم القضائى المقرر للجنسية .

وقد ذهبت المادة ٣٣ من قانون الجنسية الجزائرى إلى أنه :

- «فى حالة ما إذ كانت الجنسية الجزائرية مكتسبة بموجب مرسوم فيجب أن تثبت بتقديم نظير المرسوم أو نسخة منه يسلمها وزير العدل . وفى حالة ما إذا كانت مكتسبة بمقتضى معاهدة ، فيجب ان يتم الاثبات طبقا لهذه المعاهدة» .

وقد ذهبت المادة ٣٦ من قانون الجنسية الجزائرى إلى أنه :

«يتم فى كل الحالات ، إثبات تمتع الشخص بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتعه بالأدلاء بنسخة من القرار الصادر عن السلطة القضائية التى تثبت فيه نهائيا وبصورة أساسية» .

وتذهب المادة ٦٢ من قانون الجنسية التونسى ، إلى أنه :

«كل أمر صادر بالتجنس بالجنسية التونسية أو بفقدها أو بإسقاطها أو بسحبها أو بمعارضة الحكومة فى اكتسابها يقع إثباته بالأدلاء أما بنسخة منه مطابقة للأصل أو بعدد الرائد الرسمى للجمهورية التونسية الذى أدرج به ومتى تعذر الأدلاء بتلك الوثائق فإنه يمكن الاستعاضة عنها بشهادة يسلمها لكل من يطلبها كاتب الدولة للعدل وتشهد بوجود ذلك الأمر» :

وتنص المادة ٣٥ من قانون الجنسية المغربية على أنه :

«إن اثبات تمتع شخص بالجنسية المغربية أو عدم تمتعه بها يمكن فى أى حالة من الأحوال أن يتم بالأدلاء بنسخة من المقرر القضائى الذى بث فى المسألة نهائيا باعتبارها دعوى أصلية» .

وتجدر الأشارة ان الشخص المعنى ، يمكنه أن يقدم أى مستند من المستندات السابقة لأثبات تمتعه ، أو عدم تمتعه بالجنسية المعنية .

كما أن للغير حق تقديم أى منها ، إذا ما دعت الحاجة إلى ذلك ، وبوسعه الحصول عليها من وسائل النشر القضائية والقانونية أيا ما كان نوعها .

فالأحكام القضائية يتم نشرها فى هذا الصدد ، كما أن قرارات التجنس يتم نشرها أيضا ، رعاية لمصلحة الأغيار .

ونظرا لعدم وجود تنظيم تشريعى فى مصر ، لمسألة إثبات الجنسية ، فيجب الرجوع والأمر كذلك إلى المبادىء العامة فى الأثبات .

كذا يحق لنا دعوة القائمين على العمل ، إلى الأفادة فى الأحكام السابقة التى تبنتها التشريعات العربية ، بحسبانها تطبيقا خاصا ، للمبادىء العامة فى الأثبات فى الموضع الماثل .

يبقى علينا أن نشير فى النهاية ، إلى أن :

١ - جوازات السفر ، لا تعد من قبيل الأدلة المعدة لأثبات الجنسية ، كما هو الحال بالنسبة للأمور السابقة .

وقد أرست هذه القاعدة محكمة القضاء الأدارى فى مصر ، فى حكمها الشهير الصادر فى ١٩٥٢/٥/٢٧ ، حيث قررت أن الجنسية المصرية تمنح فى حدود معينة نص عليها القانون ومجرد الحصول على جواز سفر مصرى لا يدل على أن حامله مصرى الجنسية .

(مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الأدارى ، س ٦ ، ص ١٠٨٣) .

كما ذهبت ذات المحكمة فى حكم آخر بجلستها المنعقدة فى يوم ١٩٥٢/١١/٢٤ ، فى الدعوى رقم ٨٨١ / ٥ قضائية إلى أنه :

«لا محل لما ذهب إليه المدعى من أن القرار المطعون فيه جاء مجافيا للقانون إذ أنه صدر بعد أن كان قد حصل على جواز سفر مصرى فى ١٩٥٠/٧/٢٣ وهو لا يعطى الا للمصريين ، لا محل لذلك إلا اذا زعم المدعى أنه بموجب هذا الجواز يكون قد حصل على الجنسية المصرية ، وهو زعم لا سند له اذ تبين من الأوراق أن المدعى وهو رعية بريطانية لما يدخل الجنسية المصرية لعدم اعتراف وزير الداخلية بذلك . فالوثيقة الأدارية الوحيدة للاعتراف لشخص بالجنسية المصرية هى شهادة من وزير الداخلية» .

(مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى ، س ٧ ، ص ٤٥) .

وقد أكدت المحكمة المتقدمة قضائها السابق ، فى العديد من الأحكام الصادرة عنها ، من ذلك :

أ - الحكم الصادر عنها بجلسة ١٩٥٣/١/٢٠ ، فى الدعوى رقم ٨٩ / ٦ قضائية .

ب - الحكم الصادر بجلسة ١٩٥٣/٣/٣٠ ، فى الدعوى رقم ٦٩٥ / ٤ قضائية .

ج - الحكم الصادر فى ١٩٥٣/١٢/٨ ، فى الدعوى رقم ١٥٩٢ /٥ قضائية .

د - الحكم الصادر فى ١٩٥٤/٣/٢٩ ، الدعوى رقم ٦/٥١٥ قضائية .

(راجع فى ذلك مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الأدارى المصرية على التوالى ، س ٧ - ص ٣٤٧ ، س ٧ . ص ٥٨٤ ، س ٧ - ص ١٠٧ ، ص ٨ ، ص ١١٠٠) .

والاتجاه السابق ، قد اعتنقه القضاء فى لبنان فى العديد من الأحكام . كما أن محكمة النقض العراقية (التمييز) قد اعتمدته فى الحكم الصادر عنها فى هذا الصدد بجلسة ١٩٦٠/١٠/١٧ .

٢ - كما أن شهادات الميلاد لا تعتبر من قبيل الادلة المعدة لاثبات الجنسية المصرية .

وهذا ما اكده القضاء الادارى المصرى فى العديد من الأحكام الصادرة عنه .

فقد ذهبت محكمة القضاء الأدارى فى الحكم الصادر عنها بجلسة ١٩٥٤/١١/٢ ، إلى أنه :

«ان الجنسية لا تخلق بمجرد الحصول على ...... أو شهادة الميلاد ، وكل أولئك لا تعدو أن تكون قرائن أو وسائل اثبات ......» .

(الدعوى رقم ٧/١٣٥٢ قضائية ، مجموعة أحكام

محكمة القضاء الأدارى ، س ٩ ، ص ٨) .

وقد كان هذا القضاء ، تأكيدا لما سبق ان قررته ذات المحكمة فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٥١/١٢/١٨ ، فى الدعوى رقم ٥/٢٥١ قضائية .

(مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى ، س ٦ ، ص ١٧٥) .

٣ – كما لا تعتبر شهادات التجنيد ، من قبيل الأدلة المعدة سلفا لأثبات الجنسية المصرية :

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الأدارى المصرية ، فى حكمها الصادر فى ١٩٥١/١٢/١٨ ، وقد سلفت الاشارة إليه ، حيث قررت ما نصه :

«شهادة المعاملة بالقرعة العسكرية لا تعتبر دليلا كافيا على الجنسية المصرية كما لا تنهض دليلا عليها تجنيد أخوة المدعى» .

٤ – وفضلا عما تقدم ، **لاتعتبر المستندات الدالة على الأقامة بمثابة دليل معد ،** لأثبات الجنسية المصرية .

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الادارى ، فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٦/٥٠٧ قضائية ، كذا حكمها الصادر فى الطعن رقم ١٣٩٠ /٦ قضائية .

(راجع مجموعة أحكام محكمة القضاء الأدارى ، س ٧ – ص ١٦٣٧ ، س ٨ – ص ٤٧٩ ، على التوالى) .

٥ – كذا ، لا تعد البطاقات العائلية والشخصية والسجل التجارى واقرارات الضرائب ، بمثابة ادلة معدة لأثبات الجنسية المصرية .

ومصداقا لهذا النظر ، ذهبت محكمة القضاء الأدارى المصرية ، فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ فى القضية رقم ٢٠/٥٩ قضائية ، إلى أن :

«المرجع فى ثبوت الجنسية هو أحكام القوانين التى تنظم الجنسية وليس إلى مايرد فى أوراق حتى ولو كانت رسمية ، ما دامت غير معدة أصلا لاثبات الجنسية وصادرة من جهات غير مختصة ، إذ ما ثبت فى هذه الأوراق هو فى الواقع ما يمليه صاحب الشأن دون أن تتحرىَ الجهات الادارية حقيقة أمرها ، كما هو الشأن بالنسبة لما يثبت فى شهادات الميلاد وبطاقة الحالة الشخصية أو العائلية والسجل التجارى واقرارات الضرائب اذ ليست أى من هذه الأوراق معدة لاثبات الجنسية وان كانت حالة ظاهرة وهذه الحالة ليست لها حجية قطعية» .

وقد اعتمد القضاء اللبنانى ، النظر السابق ، حسبما هو ثابت فى الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف ، بجلسة ١٩٤٩/١١/٣٠ ، كذا الحكم الصادر عن محكمة بداية بيروت ، بجلسة ١٩٤٧/١١/١٨ .

(راجع : النشرة القضائية لعام ١٩٥٠ ، ص ١٤٤ – ذات المرجع السابق ، ١٩٤٨ ، ص ١١٠) .

كما أن القضاء الاردنى ، قد اعتمد النظر السابق ، فى عدة أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا ، فى الطعوم أرقام ١٢٠ /١٩٧٢ ، ٩٥ /١٩٧٢ ، حيث ذهبت المحكمة إلى أن اعطاء جوازات سفر أردنية ، ماهو إلا قرينة على حمل الجنسية الوطنية ، يمكن

تقويضها باقامة الدليل المخالف .

ثانيا : اثبات الجنسية بالدليل غير المعد :

وهنا ، يجب اثبات الواقعة الموجبة لكسب الجنسية .

وبهذه المثابة ، إذا كان الزواج ، هو السبب الذى أدى إلى اكتساب الجنسية ، فيجب اثبات تمتع الزوج المعنى ، بالشروط اللازمة لاكتسابه الجنسية المصرية ، بموجب زواجه .

فمن هذا المنطلق ، إذا ادعت امرأة ما ، أنها قد اكتسبت الجنسية المصرية عن طريق زواجها من مصرى ، فهنا يجب عليها ، ان تقيم الدليل على :

أ - قيامها بالزواج من مصرى ، عن طريق تقديم شهادة الزواج .

ب - أنها قد قامت باعلان وزير الداخلية برغبتها فى اكتساب الجنسية المصرية .

ج - أنه قد مر عامان على هذا الأعلان ، دون أن يصدر ثمة قرار من الوزير المعنى ، برفض هذه الرغبة .

والأمور المتقدمة ، هى الأمور التى يتعين اكتساب الجنسية بموجبها ، إذا ما ثبت تحققها .

واثبات أى عنصر من العناصر المتقدمة ، لا يفيد بذاته ، تمتع الشخص المعنى بالجنسية المصرية . ولكن إذا اجتمعت الأدلة السابقة ، أمكن القول بأن الشخص المعنى يتمتع بالجنسية المصرية ، بموجب السبب المتقدم (الزواج من مصرى) .

- ولا يفوتنا فى النهاية :

الإشارة أن القانون قد يفرض ثمة جزاءات جنائية ، حال تقديم الشخص المعنى ، لبيانات كاذبة ، كان من شأنها اضفاء الصفة الوطنية أو الأجنبية عليه ، دون وجه حق .

ومن هذا المنطلق ، ذهبت المادة ٢٧ من قانون الجنسية المصرى ، إلى أنه :

«مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها قوانين أخرى ، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات كل من ابدى أمام السلطات المختصة بقصد إثبات الجنسية له أو لغيره أو بقصد نفيها عنه أو عن غيره أقوالا كاذبة أو قدم إليها أوراقا غير صحيحة مع علمه بذلك» .

ومثل هذا الجزاء قد قرره المشرع الكويتى فى المادة ٢١ مكرر ب ، والمضافة بموجب القانون ١٩٧٢/٣٠ ، التى تنص على أنه :

«كل شخص أدلى ببيانات غير صحيحة إلى الجهات الأدارية المختصة بتحقيق الجنسية الكويتية أو اللجان المشكلة لهذا الغرض سواء لأثبات الجنسية الكويتية لنفسه أو لغيره أو لتسهيل كسبها طبقا لأحكام هذا القانون ، سواء حصل الأدلاء شفاها أو كتابة ، ولم يثبت أنه بذل جهدا معقولا للتأكد من صحة ما أدلى به ، يعاقب بالحبس مدة لاتزيد عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز مائتى دينار أو باحدى هاتين العقوبتين . فإذا كان قد أدلى بالبيانات سالفة الذكر مع علمه بعدم صحتها كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سبع سنوات ويجوز ان تضاف إليها غرامة لاتجاوز خمسمائة دينار» .

ويدعو جانب من الفقه المصرى ، المشرع المصرى ، وغيره من المشرعين العرب ، إلى الأخذ

بالحكم المتقدم ، وعدم الاقتصار على تطبيق الأحكام العامة المقررة فى قانون العقوبات المصرى وغيره من قوانين العقوبات العربية ، بالنظر لما لمادة الجنسية من أهمية بالغة ، سواء بالنسبة للفرد أو للدولة .

ثانيا - اثبات الصفة الأجنبية :

إذا قامت السلطات المصرية ، بمطالبة شخص معين بأداء الخدمة العسكرية ، بحسبانه مصريا ، ورأى الأخير أنه غير متمتع بالجنسية ، حينذاك :

يحق له اثبات عدم تمتعه بالجنسية المصرية على الاطلاق .

كما يحق له اثبات زوال صفته الوطنية عنه بعد أن كان متمتعا بها .

وفى النهاية يحق له إثبات تمتعه بجنسية أجنبية معينة ، محاولة لنفى الصفة الوطنية عنه . مع العلم بأنه فى الحالة الأخيرة ، يكون الأمر متعلقا بقرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس ، لأن تمتع الشخص بالجنسية الأجنبية المعنية ، لا يحول تمتعه بالجنسية المصرية ، إذا ما تحقق فى شأنه السبب الموجب لكسبها ، بحيث استمر لحين مطالبة السابقة .

وقد أكد القضاء اللبنانى ذلك ، فى بصيرة نافذة ، حيث ذهبت محكمة التمييز اللبنانية فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٥/٥/١٩ إلى أنه لا يكفى اثبات فقد الجنسية اللبنانية عن طريق اثبات الشخص تمتعه بجنسية أجنبية .

(النشرة القضائية ، ١٩٦٥ ، ص ٤٠٢) .

وبهذه المثابة ، يحسن أن يقوم الشخص المعنى ، باثبات عدم دخوله فى الجنسية المصرية اطلاقا ، أو بزوال هذه الأخيرة عنه ، بعد أن كان داخلا فيها .

ففى الحالتين المتقدمتين ، تثبت صفته الأجنبية بيقين . وسوف نقوم الآن ببيان مضمون كل حالة على حدة .

أولا - اثبات عدم تواجد الشخص المعنى فى احدى حالات الجنسية المصرية :

- وهنا يكون على الشخص المعنى والذى تخاطبه ، السلطات العامة المصرية بوصفه وطنيا ، أن يقيم الدليل القانونى ، على عدم تحقق أى سبب من أسباب كسب الجنسية المصرية فى جانبه .

ولا يخفى على أحد ، الصعوبات التى تواجه الشخص المعنى ، بصدد الأثبات هنا ، نظرا لكونه سلبيا .

فإذا علمنا ، بأن أسباب كسب الجنسية المصرية متعددة ، بعضها يتعلق بالجنسية الأصلية ، وبعضها الآخر ، يتعلق بالجنسية المكتسبة ، لادركنا ، مقدار العناء ، الذى يواجه الشخص المعنى ، حال قيامه باثبات عدم تحقق أى سبب من الأسباب المتقدمة فى حقه .

وقد قدر البعض ، أن الوضع السابق ، «ينطوى على تعسف ، لأنه يحمل الناس مالا طاقة لهم (ب) ويوقعهم فى حرج شديد» لأنهم أن فشلوا فى الأثبات وهذا هو الراجح ، لثبتت لهم الصفة الوطنية ، على نحو يخالف صحيح الواقع والقانون .

ومن هذا المنطلق ، تظهر أهمية فكرة الحالة الظاهرة فى هذا المقام .

فإذا كان ظاهر الحال ، يفيد

أن الشخص المعنى لا يتمتع بالصفة الوطنية (المصرية)، لوجب اعمال هذه القرينة لصالحه، وعلى من يدعي خلافا لذلك، اثبات العكس، أى صفته المصرية.

وإذا كان ظاهر الحال، يشهد على أنه وطنى، فهنا يتحتم عليه، اثبات العكس، أى عدم تمتعه بالصفة المصرية فى يوم من الأيام.

والضرورة هى التى دفعت الفقه إلى تقرير هذا الحكم فى الموضوع الأخير، خلافا للمسألة الأولى، والتى يقال فيها الشخص المعنى من عبء الاثبات السلبى.

ثانيا - اثبات الشخص المعنى زوال الجنسية المصرية عنه:

وهنا يقوم الشخص المعنى، باثبات زوال الصفة الوطنية (المصرية) عنه، بعد أن كان متمتعا بها.

وكما بينا من قبل أن اثبات تمتع الشخص بالصفة الوطنية، قد يكون عن طريق الدليل المعنى، وقد يكون عن طريق الدليل غير المعنى. فيها أيضا، يمكن لمنكر الصفة الوطنية، تقديم الدليل المعنى على تحقق السبب الذى أدى إلى زوال الصفة المصرية عنه.

فإذا كان مرجع فقد الصفة المصرية هو التجريد، فيحق للشخص المعنى، تقديم القرار الادارى الصادر عن السلطة المختصة فى مصر، والذى يفيد تجريده من الجنسية المصرية.

كذا، ففى مقدور الغير فى الفرض السابق، أن يقدم الجريدة الرسمية المصرية، التى حوت القرار الذى بموجبه تم تجريد الشخص المعنى من جنسيته المصرية.

وإذا كان قانون الجنسية المصرية، لم يحو نصا يفيد الأحكام المتقدمة، فإن المبادىء العامة فى القانون المصرى، توجب الأخذ بها.

وعلى العكس من ذلك، فقد تصدت بعض التشريعات العربية، لتقنين الأحكام، سالفة البيان:

أ - فقد نصت المادة ٣٥ من قانون الجنسية الجزائري، على أنه:

«يثبت فقدان الجنسية الجزائرية بالأدلاء بالوثيقة المتضمنة للفقدان أو بنسخة رسمية منها. وإذا كان الفقدان ناتجا عن التصريح بالتخلى عن الجنسية فان الفقدان يتم بالأدلاء بشهادة من وزير العدل تثبت ان التصريح بالتخلى قد وقع عليه بصورة قانونية، كما يثبت التجريد من الجنسية الجزائرية بالأدلاء بالوثيقة التى أعلنت أو بنسخة رسمية منها».

ب - وقد نصت المادة ٣٦ من القانون المتقدم على أنه:

«ومن كل الحالات يمكن اثبات عدم تمتع الشخص بالجنسية الجزائرية بالأدلاء بنسخة من القرار الصادر عن السلطة القضائية التى بثت فيه نهائيا وبصورة أساسية».

ج - وقد حذى المشرع التونسى والمغربى، ذات الحزو، حسبما هو ثابت فى المواد ٦٢ من قانون الجنسية التونسى، والمادتين ٣٤، ٣٥ من قانون الجنسية المغربى.

ففي الحالات المتقدمة، تم اثبات زوال الجنسية المعنية، عن طريق تقديم القرار الادارى المثبت لذلك، أو الجريدة التى تم نشره فيها أو

الحكم القضائى الذى أفاد زوالها .

والأمر يتعلق فى الفروض السابقة بدليل معد سلفا ولكن قد لا يكون هذا الدليل متوافرا ، وفى هذا الفرض ، يتعين على الشخص المعنى ، اقامة الدليل الذى بوسعه ، على تحقق السبب الموجب لزوال الجنسية المصرية عنه .

فإذا كان السبب الموجب لفقد الجنسية المصرية هو زواج المواطنة المعنية بأجنبى ، فيجب على الأخيرة اقامة الدليل على كافة الوقائع التى استلزم المشرع المصرى تحققها لزوال الجنسية المصرية عنها .

وإذا كان هدف الشخص المعنى فى الفروض السابقة ، هو نفى الصفة الوطنية عن نفسه ، تخلصا من الأعباء التى تدعوه الدولة المصرية لتحملها .

فعلى العكس من ذلك ، ففى فروض أخرى يكون مسعى الشخص المعنى هو اثبات انتمائه إلى دولة معينة تحقيقا لهدف معين ، مثل تمتعه بامتياز معين ، تقرره اتفاقية دولية مبرمة بين مصر والدولة التى ينتمى إليها الشخص المعنى .

فهنا تكون بحق بصدد ، اثبات الصفة الأجنبية ، وسوف نبين فى السطور التالية ، أحكام الاثبات ، بصدد هذه الحالة الأخيرة .

ج - اثبات تمتع الشخص بجنسية أجنبية معينة :

إذا ما ادعى شخص معين أمام القضاء المصرى ، تمتعه بالجنسية الليبية أو السورية ، توصلا لتطبيق القانون المعنى على أهليته ، هنا يجب على هذا الأخير اقامة الدليل على ذلك ، حسبما يتطلب قانون الدولة ، التى يدعى انتماؤه لها .

وأعمال قواعد القانون المصرى فى هذا الصدد ، انما يحقق نتائج غاية فى الشذوذ ، حيث يؤدى ذلك إلى اسباغ الصفة السورية على مواطن لا يتمتع بها على الاطلاق ، نظرا لعدم دخوله فى احدى الحالات التى يجعلها القانون السورى ، سببا موجبا لكسب الجنسية السورية ، أو نظرا لعجزه عن تقديم الدليل المقرر قانونا هناك فى سوريا .

ونسبة شخص معين ، لدولة معينة ، خلافا لما يقرره قانون هذه الدولة ، يشكل عدوانا على سيادة الأخيرة .

فإذا أردنا التثبت من تمتع شخص معين بالجنسية الليبية مثلا ، فيجب علينا الرجوع إلى القانون الليبى ، كذا القرارات الادارية والأحكام الكاشفة للجنسية .

بل يجب كذلك ، ان يراجع القاضى المصرى الاتجاهات التى تسير عليها جهة الادارة المختصة هناك فى الدولة المعينة ، كذا أحكام القضاء المعنى الصادر فى مادة الجنسية ، سيما بخصوص الحالات النظيرة .

ومع ذلك ، فهناك بعض الآراء المعارضة للاتجاه المتقدم ، حيث تأثرت «بالفكرة القائلة بأن القانون الأجنبى يعد عنصر من عناصر الواقع» الأمر الذى انتهى بها إلى جواز اثبات تمتع الشخص المعنى بالجنسية الأجنبية بكافة وسائل الاثبات ، رعاية للاعتبار السابق .

ويجاب على الاتجاه المتقدم ، ان تطبيق قانون الدولة التى يدعى الشخص

المعنى انتماؤه إليها ، لم يتم بموجب قاعدة اسناد ، فى قانون القاضى المصرى ، وإنما انصياعا لأحكام القانون الدولى فى هذا الصدد ، والتى توجب احترام ارادة كل دولة فى تحديد الأشخاص المنتمين لها برابطة الجنسية .

وفى ضوء ذلك ، يجب الفصل فى مسألة مدى تمتع الشخص بجنسية الدولة التى يعنيها ، فى ضوء الأحكام الموضوعية فى قانونها ووسائل الاثبات المقررة فى هذا الأخير .

ومع ذلك ، يرى الفقه ، ان للقاضى المصرى ، حق عدم الاعتراف بالجنسية الأجنبية المعنية ، رغم ثبوتها وفقا للقانون الذى يقررها ، إذا كانت الأخيرة قائمة على أسس غير جدية ، أو اذا كانت مبنية على غش نحو القانون ، أو مخالفة للنظام العام فى مصر ، وذلك وفقا للتفصيل التالى .

فقد رفضت محكمة السين المدنية ، بموجب حكمها الصادر فى ١٩١٥/٧/١٣ ، الاعتراف بالجنسية البرازيلية المفروضة بمقتضى القانون الصادر فى البرازيل بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٤ ، والذى بموجبه تم اضفاء الجنسية البرازيلية ، على كافة الأشخاص الذين كانوا موجودين فى البرازيل فى يوم ١٩٨٩/١١/١٥ .

فهنا لم يتم الاعتداد باقانون المتقدم ، لقيامه على أسس غير واقعية وجدية ، فى فرض الجنسية البرازيلية على القائمين هناك حال صدوره .

وعلى أثر ذلك ، نرى أنه يجب على القاضى المصرى ان ينبه على الشخص المعنى ، بعدم تمتعه بالجنسية المعنية والتى تمسك بها ، وأنه يلزم تعديل طلباته ، بحيث يتمسك بجنسية جديدة ، وإلا حق للأخير اعتباره عديم الجنسية ورتب على ذلك الآثار القانونية المعروفة فى هذا المقام .

وهكذا ، سوف يستمر عمل القاضى المصرى ، حتى يتوصل إلى الجنسية الحقيقية للشخص المعنى ، أو يعجز عن ذلك ، بحيث ينتهى إلى اعتبار الأخير عديم الجنسية .

وإذا كان الحصول على جنسية معينة قد تم بقصد الغش ، فالأثر الذى يجب على القاضى المصرى ان يرتبه على ذلك ، هو عدم الاعتراف بالجنسية المعنية ، بخصوص المسألة التى تم الغش بمناسبتها .

ويجب عليه فى هذا الفرض ، ان يطبق قانون الجنسية السابق على اكتساب الجنسية المعنية ، والتى لابس اكتسابها غش .

أما ما عدا ذلك من أمور ، فيجب اخضاعها لقانون الجنسية ، التى يتمسك بها الشخص المعنى ، ما دامت هناك رابطة جدية بين الدولة التى صدرت عنها الأخيرة ، وبين الشخص المعنى .

يبقى علينا أن نشير ، إلى أنه إذا حصل شخص معين على جنسية أجنبية بطريق الغش ، هنا يحق للقاضى المصرى ، عدم الاعتداد بهذه الأخيرة ، ما دام طريق الطعن فيها أمام قضاء الدولة التى أصدرتها ، ما زال قائما .

أما إذا انغلق باب الطعن هناك ، فيجب على القاضى المصرى الاعتداد بهذه الجنسية ، رغم ما شاب اكتسابها من غش ، ما دامت الدولة المعنية قد اعتدت بها ،

وعاملت حاملها ، بوصفه وطنيا .

لدينا الآن مشكلة أخيرة فى هذا المقام ، تتعلق بما سبق ان قرره الفقه ، حول حق القاضى المصرى ، فى عدم الاعتداد بقانون الجنسية الأجنبى ، الذى يتمسك به الشخص المعنى ، حال تعارض هذا القانون ، مع النظام العام فى مصر .

وأساس هذا النظر ، ان القائلين بذلك ، يريدون الافادة من القاعدة المقررة ، فى مادة التنازع والتى تذهب إلى تقرير حق القاضى الوطنى ، فى استبعاد القانون الأجنبى المعنى ، إذا ما كان الأخير مخالفا للنظام العام فى مصر ، نزولا عما تقرره المادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى .

وقد بينا منذ قليل ، عدم جدوى استعارة منهج التنازع فى هذا المقام ، وذلك عند الحديث عن مسألة مشابهة ، هى مدى اعتبار قضية اثبات الجنسية الأجنبية ، مسألة واقع أو قانون .

ونفس الأمر الذى انتهينا إليه آنفا ، يجب أعماله فى المقام الماثل ، تحقيقا للانسجام المطلوب فى أية دراسة علمية .

وعليه ، نسارع إلى القول ، بأن حق القاضى المصرى فى عدم الاعتداد بالقانون الأجنبى المخالف للنظام العام فى مصر ، لا يقوم استنادا ، إلى المادة ٢٨ مدنى مصرى ، بل على العكس من ذلك ، فانه يعمل قاعدة دولية ، توجب استنادا الجنسية ، إلى رابطة جدية فعالة بين الدولة والفرد المعنيين .

المحاماة مهنة الشرف ...

نحن أقرب الناس إلى الحق والعدالة ، وهذا فخرنا وشرفنا ، ويشرفنا أن يكون الشرف مهنة لنا ...

من أقوال المغفور له الاستاذ الجليل النقيب
مصطفى البرادعى

الجريمة السياسية

للسيد الدكتور / عبد الوهاب محمد عمر البطراوى
المحامى

المقدمة

لقد عرف الانسان الجريمة السياسية منذ ان عرف السلطة لا كتعبير سياسي ولكن كقوة ضاغطة أيا كان نوعها تلك التي وجدت مع ظهور الانسان على مسرح الوجود ، وكانت عقوبتها اشد هولاً من أية عقوبة آخرى . وكانت التقاليد عند القدماء المصريين تقضي بأن يدافع أول مايدافع الانسان عن نفسه امام محكمة أوزوريس (إله الموت) بأنه لم يسيء الى السلطة في حياته لكي يطمئن على راحته في مماته[1] . ولعل من قول بتاح حوتب الى ابنه تأكيداً على هذا المعنى فيقول :-

انحني امام من فوقك وامام رئيسك حتى يستمر بيتك مفتوحاً ولا تعصيه فإن عصيان من بيده السلطة شرّ مستطر[2] ونفس الموقف في بلاد الرافدين حيث عرفت الجريمة السياسية باسم [الخيانة][3] وعقوبتها وفقاً لقوانين مرسومة . و كذلك في وادي النيل في العصر الفرعوني[4] . وإن سميت باسمها المعاصر [الجريمة السياسية] فكانت تسمى في العصر الفرعوني بجريمة المرهبين من [الارهاب][5] . وهذا مايدل على ان بلاد الرافدين كانت اكثر تقدماً من غيرها[6] . وجاء العصر الروماني الذى سيطرت فيه روما على ثلاثة ارباع المعمورة الارضية[7] . فكانت تسمى بجريمة (المساس بالعظمة) وان كان الاساس في بناء تلك الجريمة فى روما حماية الدولة والشعب معاً[8] .

وجاء الأسلام في القرن السادس الميلادي واسماها بجريمة البغي[9] . وبناها على أسس اجتماعية أي لحماية المجتمع ، ومن هنا أدرجت الجريمة ضمن جرائم الحدود وان اخذ بشخصية المجرم السياسي في مجال التجريم والعقاب لدرجة يمكن معها القول بأن الاسلام يوائم فى تلك الجريمة بين الأتجاهين الاجتماعي والفردي على السواء .

وفى القرون الوسطى توسعت التشريعات توسعاً وافرطت افراطاً وتشددت تشدداً فى هذا المجال حيث كانت عقوبة الاعدام هى الأكثر استخداماً لأرهاب المرهبين وذلك لكل من يمس الدين أو السياسة ولم تقف تلك المسؤولية على شخص المجرم بل تتعداه الى ذويه أصولاً كانوا أو فروعاً[10] حيث قامت الكنيسة بسبغ طابع الالوهية على الحكام الزمنيين وبالتالى يعتبر كل قول أو رأى أو فعل انما يشكل اعتداء على حقوق الله ومن ثم جرم الاجتهاد فهو وسيلة لحدية الرأى وبالتالى المناقشة[11] .

وتفننت تلك التشريعات في التنكيل بالمجرم السياسى عن طريق وسائل تنفيذ عقوبة الاعدام حيث كانت تربط

أطراف المتهم علىٰ أربعة أحصنه ثم تضرب تلك الأحصنة في وقت واحد ليتجه كل منها الى اتجاه عكس الآخر فيتقطع جسد المتهم إرباً[١٢] . ثم قامت الثورة الفرنسية كرد فعل عكسي لموقف تلك التشريعات المتخاذل من قضايا الانسان الأوربي ، لتلبس المجرم السياسي حلّة أكثر تهذيباً ولياقة[١٣] فاعتدت بشخصيته الى حدٍ بعيد وذلك عن طريق الاعتراف بدور الباعث النبيل الذى دفع هذا المجرم الى ارتكاب جريمة وبالتالي بدأت تترفق في عقوبته ومعاملته ايضاً حيث أصبح يعتبر مجرمًا عقائدياً أو صاحب فكرة أو حامل كتاب .

ومع بداية القرن العشرين وتغيير الظروف السياسية بفعل الحروب العالمية وما صاحبها من ثورات وانفجارات داخلية . نما المجرم السياسي من جديد فهو الذي يعيش مطمئن الفكر هادىء الضمير فى أوقات السلم والاستقرار ، ثم ينمو نمواً غريباً فى أوقات المحن والأزمان[١٤] .

حيث اتجهت العديد من التشريعات المعاصرة الى مسايرة التيارات الجديدة الرامية الى التشدد في مجال التجريم والعقاب بالنسبة الى المجرم السياسى[١٥] معتمدة في ذلك علىٰ أن الجريمة السياسية انما هي اخطر الجرائم قاطبة هكذا دون اعتداد بالباعث عليها سواء كان شريفاً أو دنيئاً .

وان كانت بعض تلك التشريعات المعاصرة تحاول ان توائم بين هذين الاتجاهين حماية المجتمع وحماية حقوق وحريات المواطنين في هذا المجال فأخذت في تحديد الجريمة السياسية بالمعيار العام والفردى علىٰ السواء .

ونهدف من وراء هذا البحث فضلاً عن تجميع احكام تلك الجريمة بالقوانين المقارنة المساهمة ولو بجزء يسير في المحاولات المبذولة اليوم لتحقيق التوازن المنشود بين الاتجاه العام المتعاظم من جانب والاتجاه الفردي المتضامن من جانب آخر وذلك دون افراط أو تفريط . فالأفراط لصالح الفرد هو الفوضي والافراط لصالح المجتمع هو الاستبداد . وكلا الامرين رذيلتين[١٦] .

ونتعرض الى هذا الهدف من خلال مبحثين تسبقهما مقدمة وتلحقهما خاتمة .

المبحث الأول :

تعريف الجريمة السياسية ومعاييرها وقسمناه الى أربعة مباحث :-

المطلب الأول :- المعيار الشخصي .

المطلب الثانى :- المعيار الموضوعي .

المطلب الثالث :- المعيار المزدوج .

المطلب الرابع :- الفائدة القانونية للتفرقة بين الجريمة السياسية والجريمة العادية .

المبحث الثانى :-

يختص بموقف التشريعات المعاصرة من الجريمة السياسية .

المبحث الأول

«تعريف الجريمة السياسية ومعاييرها»

من المتعذر وضع تعريف للجريمة السياسية جامع مانع فى مكان وزمان معينين وذلك سبب (الصفة) التى تقترن بها كلمة الجريمة فالجريمة

مفهومها ثابت ومستقر فى كل زمان ومكان بينما صنفتها [السياسية] هي التي تتغير الزمان وتتبدل بتبدل الحكام وذلك تبعاً لتدرج الحاجات وتطور المصالح سواء على المستوى الداخلي[١٧] ، أو الخارجي[١٨] .

ولا نعتقد ان هناك أمل لوضع تعريف ثابت ومستقر لتلك الجريمة ، فاليوم فيها المزالق كبيرة وامامها العثرات كثيرة والقابض على الروح العلمية فيها كالقابض على الجمر لهذا وغير ذلك إختلفت التشريعات المعاصرة (محلية كانت أو دولية) فى هذا المجال .

«معيار الجريمة السياسية»

لقد مرت التفرقة بين الجرائم السياسية والجرائم العادية على ثلاثة معايير وان كانت تلك المعايير تشكل حلقات متتابعة ، تمهد الاولى منها للثانية والثانية للثالثة وكل معيار منها يمثل حقبة زمنية معينة بما يسودها من ظروف سياسية وما إستقر عليها من أوضاع اجتماعية فجاءت الجريمة السياسية وهي تحمل بصمات تلك الافكار . فقد بدأت فكرة التمييز بين المجرم السياسي والمجرم العادي على اثر قيام الثورة الفرنسية حيث اتجهت التشريعات الى التمييز بينها وفقاً للمعيار الشخصي للمجرم ثم نما على إثره المعيار الموضوعي ، وحالياً اتجهت التشريعات المعاصرة الى المعيار التوفيقي [المزدوج] التي تحاول بمقتضاه الموائمة بين حماية المجتمع من جانب وحماية حرية الرأي والتعبير من جانب آخر بمعنى أدق بين جسامة الاضرار المترتبة على الجريمة الجدية [الجانب المادي] ومدى نبل الباعث وشرف المقصد [الجانب الشخصي] ونتعرض الى تلك المعايير وتقديرها لكل منها تباعاً حسبما يلي :

المطلب الاول

«المعيار الشخصي»

[الباعث]

هو اقدم المعايير والذي يفضل المشرع بمقتضاه بين الجريمة السياسية وسائر الجرائم العادية فالباعث الشخصي للجاني هو الذي يعتد به وحده دون مامواربة بطبيعة الحق المعتدى عليه أو بجسامة الجريمة المادية ويستند انصار هذا الاتجاه على ان المجرم السياسي ذو دوافع[١٩] نبيلة واهداف راضية خلافاً للمجرم العادي الذي يندفع الى جريمته بدافع اناني واهداف دنيئة وبربرية . فالمجرم السياسي اما لا يبغي من جريمته تحقيق مآرب خاصة أو مصالح شخصية له أو لذويه أو بدافع الانتقام والتشفي من المجنى عليه فتلك طموحات المجرم العادي ولكنه يبغي من وراء ذلك تحقيق النفع العام والمصالح الاجتماعية .

فالاجرام السياسي وفقاً لرأي الانصار هو اجرام متطور تقدمي يتم عن دوافع الغيرة والإيثار [لا الاثرة] واذا كان المجرم السياسي يدفع عجلة التاريخ الى الامام فالمجرم العادي يوقفها .

فالسياسي اذن يمهد الطريق الى الارتقاء بالذات الانسانية ومن ثم هو اجرام مذعوم وليس حقيقياً . اذ انه لا يستهدف سوى المساس بالنظام السياسي أو الاجتماعي لتعديله أو تبديله أو السير به قدماً[٢٠] . وعيبه انه [أي المجرم السياسي] يسبق الزمن ، فلو ترك الامر لحدث التغير تلقائياً لأنه لكل نظام

سياسي أو اجتماعي مرحلة لا يصلح الأ لها .

تقدير المعيار الشخصي

إن هذا المعيار كان ولا يزال هو المبرر الوحيد الذي يدعو الى ضرورة تمييز المجرم السياسي عن المجرم العادي في سائر الجرائم حتى ولو كانت واقعة علىٰ امن الدولة الداخلي مادام هذا الاخير قد ارتكبها بدافع دنيء .

اي لتحقيق مصلحة خاصة لنفسه الا انه (اي الدافع) قد جاء كرد فعل عكسي لما كان سائداً في القرون الوسطى حيث اسرفت طبقة الحكام إسرافا وافرطت افراطاً وتشددت تشدداً في مواجهة المجرم السياسي دون غيره[٢١] . لهذا جاء الدافع بمثابة إنقلاب فكري علىٰ إثر الأنقلاب السياسي [الثورة الفرنسية] وكطبيعة الانقلابات التي تغير كل ما هو قائم سوياً كان أو غير سوي أصبح الاتجاه السائد هو الاتجاه الفردي اي رعاية وحماية الفرد دون مامواربة بمصالح المجتمع ككل فظهرت العديد من المآخذ على هذا المعيار وقت ذلك :-

١ - ان الدافع هو في حقيقته ذو طبيعة نفسية ولتلك الطبيعة العديد من المساويء نذكر منها :-

أ - أن الدافع كمسألة نفسية إن اصبح ركناً من أركان الجريمة فيصيبها بالخلل فهو وان صح يكون سبباً لتشديد أو تخفيف العقوبة وفقاً لمبدأ التفريد العقابي[٢٢] وبالأولى لا يصح ان يكون معياراً يميز طائفتين من الجرائم ، وذلك لان اية مسألة نفسية يكون اثباتها صعباً إن لم يكن مستحيلاً فنحن كرجال قانون نحكم علىٰ الظواهر والله عز وجل يتولى السرائر[٢٣] .

ب - ان الاعتداد بالدافع النفسي كسبب لتخفيف العقوبة ومعاملة المحكوم عليه معاملة ممتازة من شأنه أن يحيل الغالب من الجرائم العادية الى جرائم سياسية إذ يكفي أن يتذرع الجاني بأن باعثة سياسياً ، وهي نتيجة غير مقبولة ولا يمكن التسليم بها[٢٤] . وإذا قيل ان الأمر يكون هيناً برجوع القاضي الىٰ كل دعوى علىٰ حدتها[٢٥] . فمن رأينا ان الرجوع الى ذلك معناه الخوض في أعماق النفس البشرية وهذا من شأنه أن القاضي إذا وصل الى الحقيقة المبتغاة مرة فسيظل عشرات المرات . هذا فضلاً علىٰ أنه [اي الدافع] يمنح القاضي اساساً قانونياً للتحكم وبهذا يكون المشرع المعاصر وقد إرتد الىٰ غياهب القرون الوسطى دون أن يدري[٢٩] .

٢ - ان العمل بهذا المعيار على اطلاقه دون ما مواربة بمدى جسامة الجريمة المادية ووقوعها على المجتمع اصبح غير جديد بحماية المجتمع حماية فعالة لهذا (أو غير ذلك من المساويء) هجرته التشريعات المعاصرة وان كان البعض يرى ضرورة العمل به[٢٦] . ومايقال ان القانون الايطالي لازال يعمل به[٢٧] . فمردود عليه بأن هذا القانون انما يعمل منذ صدوره عام/ ١٩٣٠ بالمعيار المزدوج حسبما سنرى في موضعه هذا البحث[٢٨] .

المطلب الثاني

المعيار الموضوعي

نشأ هذا المعيار في ظروف

اجتماعية وسياسية تحتم وجوده ، فالمعيار السابق وقد فشل في تحقيق حماية اجتماعية فعالة حتى الانظمة الديمقراطية ذاتها وهي الحصن الحصين والحرز الحريز للمعيار الشخصي بدأت تتحول عنه مع بداية القرن العشرين وذلك بسبب طغيان الاتجاه الفردي ونكول الأتجاه الأجتماعي حيث ظهرت الأنظمة الاشتراكية التي ينبغي الموائمة بين هذين الأتجاهين من الجانب الاقتصادي وسرعان ماجاءت الحركات السياسية والصراعات الطبقية التي تحاول قلب الأنظمة السياسية القائمة مستغلة المعيار الشخصي كوسيلة للترفق اذا ما كبحت محاولاتها ، هادفة من ذلك تغيير أنظمة الحكم بما يتناسب مع مصالحها الأقتصادية[٣٠] . فانتشرت ظاهرة الفوضوية انتشاراً استغرقت اوربا كلها أو تكاد[٣١] . فزادت بؤرة الاجرام السياسي ازياداً كبيراً وسرعان ما انتشرت في ربوع العالم كله[٣٢] . لتجابه كل الانظمة السياسية الاقتصادية (ديمقراطية كانت أو دكتاتورية ، جمهورية كانت أو ملكية ، اشتراكية كانت أو رأسمالية) وفي وسط تلك الظروف التي مهدت الى قيام حربين عالميتين [الاولى ١٩١٤ والثانية ١٩٣٦ بدأت الحكومات تجابه الجريمة السياسية بكل الوسائل[٣٣] . وبهذا ارتدت الجريمة السياسية الى ما كانت عليه في العصور الوسطى مع الفارق ان المجرم السياسي كان يشكل خرقاً خطيراً لمصالح الطبقة الأقطاعية وهنا اصبح يشكل اعتداء على المجتمع بأسره[٣٤] . فأخذت الجريمة مكانتها على خريطة القانون الجنائي بوصفها من اخطر الجرائم قاطبة[٣٥] .

فجاءت التشريعات لتهجر المعيار الشخصي وتأخذ بمعيار جديد اسمته المعيار المادي أو الموضوعي وفحواه وفقاً لما صوره لنا الفقيه [أورتولان] في ثلاثة أسئلة اذا كانت الاجابة بنعم كانت الجريمة سياسية حسبما يلي :-

س/ هل وقع الضرر على الدولة مباشرة ؟

س/ هل وقع على حقوقها السياسية أو الاجتماعية ؟

س/ هل المقصود من عقاب المجرم حماية النظام السياسي أو الاجتماعي[٣٦] .

وبهذا ضاق مجال الجريمة السياسية الى حد بعيد وجاءت الجهود الدولية[٣٧] والمحلية وهي تقتف إثر هذا الاتجاه ، فالجريمة لم تعد سياسية لمجرد توافر الدافع السياسي ولكن باعتبارها اعتداء على الدولة وعلى حق سياسي أو اجتماعي . وبالتالي استبعد من هذا المجال الجرائم الموجهة الى الحقوق المالية والاقتصادية كجرائم التهريب أو تبديد الاموال العامة وبالاولى اغتصاب تلك الأموال رغم ان الدولة هي المسؤولة عنها . وبهذا حكم القضاء الفرنسي[٣٨] .

تقدير هذا المعيار

رغم ان هذا المعيار هو الأفضل إذا نظرنا الى الجريمة من زاوية اجتماعية الا انه وقد التصقت به بعض المآخذ منها :-

١ - انه جنح صوب الأتجاه الاجتماعي دون ما مواربة بعنصر الدافع الشخصي للمتهم[٣٩] ومن ثم اصبح يسوي في مجال

التجريم بين مثهم ذو دوافع نبيلة وآخذ ذو دوافع دنيئة[٤٠] . وبالتالي ساوى بينهما في المجال العقابي فأصبح الخائن لوطنه والمتآمر ضد سلامته والعميل الفاجر يعامل معاملة من يبغي لوطنه السلامة ولشعبه الاستقرار والتقدم .

٢ – لقد ترتب على هذا المعيار الموضوعي التضييق في مجال الجريمة السياسية بوجه عام حتى أصبحت دراستها وعدمها سواء هذا فضلاً على ان تطبيق هذا المعيار ادى الى التشدد في عقوبة المجرم السياسي عن المجرم العادي رغم البون الشاسع بين دوافع كل منها وتلك نتيجة غير مقبولة .

المطلب الثالث

المعيار المزدوج

لقد جنحت التشريعات المعاصرة عن كلا المعيارين الفائتين كل منهما على اطلاقه فلم تعبأ بالمعيار الشخصي على اطلاقه ، حيث يفرط صوب حماية بالحقوق والحريات الفردية ؛ ولم تعبأ بالمعيار الموضوعي وحده لافراطه صوب حماية المصالح الاجتماعية . بل جمعت بين مزايا كلا المعيارين وهجرت ما يعيبهما محاولة بذلك الموائمة بين المصلحتين الفردية والاجتماعية على السواء .

وهذا اتجاه سليم فطغيان الاتجاه الفردي هو فوضى وطغيان الاتجاه الاجتماعي هو استبداد وكلا الأمرين رذيلتين ولا يخفى ان تطبيق الأتجاه الفردي تولد عنه العديد من الظواهر السلبية كالبهائية[٤١] والفوضوية[٤٢] .

وتطبيق الأتجاه الاجتماعي تولد عنه اهدار الحقوق والحريات الفردية بالعنف ؛ فكان حصاده مراً ، اما لأن هذا العنف قد خلق تحولاً في مشاعر العامة[٤٣] ، على اثر ماقامت به بعض الحكومات من التنكيل بالمجرم السياسي وفرك انفه كل يوم عشرات المرات في التراب والطين . هذا واهدار آدميته وطحن كرامته في السجون والمعتقلات فكان ذلك من شأنه ان انضمت لتلك الطائفة العديد من العناصر وتعاطفت معها الكثير من الطوائف[٤٤] . وهذا تحولاً لابد وأن تحسب له الحكومات حساباً . الا أنه ونظراً للعديد من الاعتبارات التي احاطت بالجريمة السياسية حديثاً اتجهت التشريعات صوب التشدد النسبي[٤٥] نذكر من تلك الاعتبارات :-

١ – ظهور الحركات الارهابية والفوضوية في آواخر القرن الثامن عشر وما آلت اليه من فضائح مؤلمة من ذلك الاحداق وتسميم مياه الشرب وتدمير الأموال العامة وازهاق الارواح البريئة لهذا تحول الرأي العام الى نقمة واشمئزاز واستنكار فتجاوبت الدول مع تلك المشاعر حيث سلخت الطبيعة السياسية عن هذا النوع من الجرائم .

٢ – وكذا جرائم الامن الخارجي للدولة ، فهؤلاء انعدم في ضمائرهم الولاء لأوطانهم ولامتهم ويصبح شأنهم شأن الاعداء فهم خونه مارقون وليسوا مصلحين عقائديين وبالتالي وجب التشدد عليهم .

ان الحروب في عالمنا اليوم تستلزم تعبئة كل الطاقات المادية والمعنوية لمواجهة الأعداء الطامعين ؛ وتلك الطاقات التي لم تعد قاصرة

على القوات المسلحة بل الشعب بأسره ، القوات المسلحة لمواجهة العدو والشعب يحمي ظهرها واي تصدع في تلك الجبهة يغرز للأمة العديد من الويلات التي لا يحسب المشرع حسابها في الأوقات العادية .

المطلب الرابع

الفائدة القانونية لتلك التفرقة

ان الهدف من التفرقة بين الجرائم السياسية والجرائم العادية انما يكمن في العديد من المزايا التي يتمتع بها المجرم السياسي دون المجرم العادي في مجال العقوبة والمعاملة العقابية وذلك على النحو التالي :

أولاً .-العقوبة :-

ان الأتجاه المعاصر حسب ماتقدم يتوقف كثيراً في عقوبة المجرم السياسي مراعياً في ذلك نبل المقصد وشرف الغاية كعامل مخفف لها ؛ وهو اتجاه حسن فالمجرم السياسي اليوم قد يكون الحاكم غداً هذا وما تتميز به الجريمة السياسية من طبيعة خاصة فهي جريمة مثقفين لاغوغائيين . ومن مظاهر هذا الترفق الغاء عقوبة الاعدام على المجرم السياسي متى اكتملت للجريمة شروطها القانونية والنزول بالعقوبة المقيدة للحرية درجة أو درجتين عن القاعدة العامة وهذا ما اتبعه المشرع العراقي[٤٦] والمشرع التونسي[٤٧] وسار على نهجهما المشرع اللبناني[٤٨] .

واتبعهما ايضاً المشرع السوري[٤٩] والمشرع الأيطالي[٥٠] . وإن كان المشرع المصري لم يتعرض للجريمة السياسية .

ثانياً – عدم تسليم المجرم السياسي[٥١] :-

لقد اصبحت تلك القاعدة اليوم مستقرة بوجدان الفكر المعاصر[٥٢] .

وقد سمت بها التشريعات فاحتلت مكانتها على خريطة القانون الدستوري[٥٣] ، بوصفها حقاً من الحقوق الأساسية حتى التشريعات التي لم تتعرض لجريمة السياسية اخذت بذات القاعدة .

ثالثاً : بعض المزايا :-

تقضي بعض التشريعات بأستثناء المجرم السياسي من القواعد العامة الخاصة بالحرمان من بعض الحقوق والمزايا المدنية كعقوبة تكميلية مثل تولي بعض الوظائف العامة وحمل الاوسمة الوطنية والاجنبية وكذلك السلاح[٥٤] هذا وتقضي بوقف تنفيذ العقوبة .

رابعاً : العود .

جرت التشريعات المعاصرة على عدم احتساب الجريمة السياسية سابقة في العود وذلك لأختلاف طبيعتها عن طبيعة الجريمة العادية[٥٥] سواء كانت الجريمة جناية أو جنحة[٥٦] .

خامساً : المعاملة العقابية :-

ان المحكوم عليه بعقوبة سياسية يتميز بمعاملة خاصة عن المحكوم عليه في جريمة عادية ومن ذلك يحبس في مكان خاص بعيداً عن باقي النزلاء وعدم التزامه بالعمل داخل السجن ، وله الحق في طلب طعامه من خارج السجن وكذلك الكتب التي يريدها

سادساً : العفو الشامل :-

يحظى المجرم السياسي في الغالب بقرارات العفو الشامل حتى في تلك الدولة التي لم

تتعرض للجريمة السياسية ، وتصدر هذه القرارات عادةً في اعقاب الأحداث الهامة مثل انتصار الدولة في حرب ضد دولة اخرى[٥٨] أو نجاح ثورة[٥٩] أو تغيير حكومة بأخرى[٦٠] .

المبحث الثاني

موقف التشريعات المعاصرة

لقد أخذ الأتجاه الراجح بالتشريعات محل البحث بالمعيار المزدوج أي بالدافع الشخصي وموضوع الحق المعتدى عليه[٦١] وان تشددت تلك التشريعات نسبياً نظراً للأعتبارات التي سقناها سلفاً[٦٢]هذا ومسايرة للأتجاه الدولي[٦٣] . ومن مظاهر هذا التشدد استبعاد بعض الجرائم من المجال السياسي حتى ولو كان الدافع اليها سياسياً أو كانت تشكل اعتداء على الحقوق السياسية البحتة ومن ذلك :-

١ - جرائم امن الدولة الخارجي[٦٤] :-

وهو ما تناصره رغم ان هذا النوع من الجرائم ذو طبيعة سياسية بالنظر الى المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي ، فالذي يعمل من الخفاء مع دولة عدوة يأخذ حكمها فهو عدو لوطنه وعشيرته مبدداً للطاقات مجتمعه . ومثله يصبح غير جدير بالرأفة مستوجباً التشدد في العقاب[٦٥] .

٢ - الجرائم الأرهابية[٦٦] :-

وهي عن الجرائم التي يعاني منها المجتمع البشري اليوم . فهي من معضلات المشاكل المطروحة على بساط البحث باعتبارها تشكل ظاهرة دولية[٦٧] تقوم بتنفيذها عصابات ذات عناصر متعددة الجنسيات ومن اخطر اسلحتها اختطاف الطائرة واحتجاز ركابها كرهائن[٦٨] . بكل ما فيها من ابرياء . وكذلك استعمال المتفجرات بالاماكن الاكثر ازدحاماً . ولهذا اتجهت التشريعات صوب التشدد وذلك باعتبارها جرائم عادية وفقاً للمعيار الموضوعي بصرف النظر عن المعيار الشخصي اي سواء كان الباعث عليها سياسياً من عدمه[٦٩] .

٣ - الجرائم الأجتماعية[٧٠، ٧١] :-

لقد اجتمعت التشريعات المعاصرة على استبعاد هذا النوع من الجرائم عن المجال السياسي لان المصالح الاجتماعية المهددة بها اعظم واسمى من الغايات السياسية التي ترمي اليها ومن امثلتها هدم أو محاولة هدم الاساس الاجتماعي للدولة عن طريقة بذر الصراع الطبقي كالشيوعيين[٧٢] أو الفتنة الطائفية بين افراد المجتمع الواحد كالمتعصبين . وكذلك الاتجاهات الرامية الى هدم القيم الراسخة كأساس وقاعدة اجتماعية كالبهائيين[٧٣] والفوضويين[٧٤] .

٤ - الجرائم المختلطة :-

أوضحت سلفاً أن الجرائم السياسية (اي الدافع الشخصي والموضوع) وفقاً لما إستقرت عليه التشريعات المقارنة بينما الجرائم المختلطة اي التي تقع على حق فردي خالص لتحقيق هدف سياسي مع وحدة السلوك الاجرامي واوضح صور تلك الجرائم هي جريمة الأغتيال السياسي فهل يعد الأغتيال جريمة سياسية أو عادية هذا هو المعول عليه هنا ؟

لقد اختلفت الآراء حول

هذه المسألة . فمنهم من يرى ان الجريمة المختلطة جريمة سياسية وفقاً لمعيار الباعث الشخصي بغض النظر عن موضوع الحق المعتدى عليه . بدعوى ان الاعتداء انما وقع على رئيس الدولة لايوصفه فرداً ولكنه كرأس للنظام السياسي القائم ومن ثم يكون الاعتداء موجهاً ضد الدولة مباشرة وهي موضوع سياسي بكل المعايير .

ومن يرى ان الجريمة المختلطة انما هي جريمة عادية وفقاً للمعيار الموضوعي بغض النظر عن الدافع الشخصي فالأعتداء وقد وقع على حق إنسان في الحياة وهو ذو طبيعة عادية فرئيس الدولة شأنه أي مواطن له أن ينعم بكل حقوقه ومن أهمها حقه في الحياة[٧٥] .

وعلى الرأي الأخير استقر الفكر المعاصر[٧٦] . وكذلك التشريعات المقارنة وان توسعت نسبياً فاعتبرت جريمة القتل العمد جريمة عادية ولو كان الهدف منها سياسياً سواء وقع القتل على رئيس دولة أو آحاد الناس[٧٧] واكثر من ذلك اعتبار الجريمة المرتبطة جريمة عادية ولو لم تصل حد القتل بل لمجرد الايذاء ولو بالجرح أو غيره[٧٨] . سواء في مواجهة رئيس الدولة أو رئيس دولة اخرى أو عوائلهم[٧٩] .

٥ - الجرائم المرتبطة :

هي جريمة عادية بكل المعايير المتقدمة ، وان اقترنت بظروف سياسية محضة كحالة الثورات الداخلية والاضطرابات[٨٠] أو بمعنى آخر هى جريمة مستقلة عن الجريمة السياسية في ركنها المادي والحق المعتدى عليه ومن ثم تتميز بمايلي :-

١ - ان تكون واقعة على حق فردي خالص .

٢ - أن تقع اثناء حالة الاضطرابات السياسية[٨١] .

٣ - انها جريمة غير مقصودة بذاتها بل هي وسيلة لتحقيق الجريمة السياسية أصلا .

٤ - يجب ان تتم الجريمة السياسية فعلاً أو الشروع فيها على الاقل .

٥ - وجود تلازم وضرورة بين الجريمتين العادية والسياسية . بحيث يقال لولا الجريمة [العادية] ما كانت [السياسية][٨٢، ٨٣] . مثل ذلك نهب مخزن اسلحة أو سرقة اموال احدى البنوك لتمويل الثوار[٨٤] أو لأستخدامها في احداث إنقلاب ضد النظام السياسي .

موقف الاتجاه الدولي المعاصر :-

لقد استقر الاتجاه المعاصر على ارساء القاعدة العامة ثم وضع لها استثناء وذلك منذ عام ١٨٩٢ حيث قرارات معهد القانون الدولي التي صدرت بجلسته المنعقدة في جنيف والتي قضت [ان الجرائم المركبة [المختلطة] والملازمة. [المرتبطة] لجريمة تعتبر سياسية مالم تكن من اشد الجرائم خطورة][٨٥] وهو نفس الدرب الذي سار عليه المؤتمر الدولي لتوحيد قانون العقوبات المنعقد في كوبنهاجن حتي عام/ ١٩٣٥ . وبالتالي يكون الرأي القائل بأن الاتجاه المعاصر يأخذ بالمعيار الموضوعي[٨٦] . وهو رأي غير دقيق مادام هذا الاتجاه يعتد بالمعيار الشخصي وتشدد التشريعات محل المقارنة حماية النظام العام ، فهذا لا يخل من القاعدة العامة بوصفه استثناء . هذا ونختلف مع

الرأي القائل بضرورة العمل بالمعيار الشخصي على اطلاقه(٨٧) .

فالأفراط صوب الاتجاه الفردي هو فوضى ، والافراط صوب الاتجاه العام هو استبداد وضرورة الموائمة بينهما تستدعي أخذ احسن مافي الاتجاهين تحقيقاً للأستقرار الاجتماعي من جانب وحقوق وحريات المواطنين من جانب آخر .

«الخاتمة»

لقد انتهينا من البحث بالعديد من الحقائق العلمية التي نري مناسبتها لفكرة الموائمة بين الاتجاه العام المتعاظم والاتجاه الفردي المتنامي . ومن ذلك :-

١ - ان تعريف الجريمة السياسية لا يمكن تحديده بالدقة اللازمة الا من خلال الضوابط التي تعتمدها كل دولة على حدتها .

٢ - لقد ناصرنا المعيار المزدوج لان المعيار العلمي الذي يجمع بين المصلحة الاجتماعية والحقوق والحريات الفردية .

٣ - ونرى اضافة بعض المزايا العقابية للمجرم السياسي في بعض الدول منها :-

١ - حبسه في مكان خاص بعيدا عن باقي النزلاء .

٢ - وعدم التزامه بالعمل داخل السجن .

٣ - ان يكون له الحق في طلب طعامه من خارج السجن وكذلك الكتب التي يريدها .

٤ - ناصرنا التشدد في مواجهة المجرم السياسي باستبعاد جرائم أمن الدولة الخارجية وجرائم الارهاب والجرائم الفوضوية .

مثل البهائية والفتنة الطائفية وتلك عوامل تصدع بنيان المجتمع المعاصر .

تحية إلى مصر الحرة ...

فأبناء مصر أحرار بلا مال ولا جاه .. احرار لاتعنو لغير الخالق وجوه ولا جباه .. احرار ومصرنا دائماً مقبرة للغزاه والطغاه .. احرار وفى حريتنا الوجود ومنها الحياة .

هوامش

(١) – د . محمد موسى – تاريخ الاخلاق – ص ٥٠ .
(٢) – د . سليمان طماوي – لكي تسقط البيروقراطية – ص ٤٥ .
(٣) – د . محمد الفاضل – محاضرات في الجريمة السياسية ، ص ٧٠ .
(٤) – د . شاكر العاني – تحديد الجرائم السياسية ، مجلة القضاء ، س ١٩ ع ١ ص ٨ .
(٥) – د . عبد الوهاب العشماوى ، الاتهام الفردي ، ص ١٢ .
(٦) – واكثر من ذلك ان بلاد بابل كان قانون حمواربى [٨ ، ١٧ ق . م] يستبعد التعذيب كوسيلة للأعتراف . د. فاضل زيدان – سلطة القاضي الجنائي ، ص ٣٤ . عكس القانون الفرعوني الذي كان يلبس ثوباً الهياً لأن الفرعون وقد أضفى على نفسه طابع الالوهية من دون الله . فيقول تعالى [

(٧) – يقول ول – ديرانت :– ان القانون الروماني قد سمى بأخلاقياته عن القانون اليوناني وتوسع توسعاً وتهذباً يليق بمقام تلك الدولة التي خفقت اعلامها على ثلاثة ارباع المكونة الارضية . قصة الحضارة ، مجلد ١/ ج ١ – ص ٣١ .
(٨) – وان حدث تطور لمفهوم (المساس بالعظمة) حيث اقيم المساس بعظمة الشعب وتحول الى عظمة السلطان . ومن هنا بدأ التشدد في معاملة المجرم السياسي د . محمد الفاضل – المرجع السابق – ص ١٧١ .
(٩) – يقول الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله) سورة الحجرات/ ٩ .
(١٠) –
Veygilius Fevm, Encyclopadia of Yeligion, 1 ed p. 119.
(١١) – يقول تشيزاري بيكاريا :– ان الهدف من ذلك مع إنتشار الافكار المضادة للحكومات القائمة حيث كان المتهم السياسي يطالب بالجدل ، وتعاليم الكنيسة هي احكام الرب لاتقبل اجتهاداً . راجع الجرائم والعقوبات . ترجمة يعقوب حياني ص ٥٢ .
(١٢) – Veygilius ferm, op. cit. p. 119; Encyclopadia Britannica, London 1959, V. 6. p. 702.
(١٣) – وهذا محل اجماع من المعنيين بدراسة الجريمة السياسية من رجال القانون العرب د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٧٣ . د . عبد الوهاب عمر ، الاجرام السياسي ، ص ٥ . د . انور العمروسي ، الجرائم السياسية ، ص ٧ . د . سعد الاعظمي ، جرائم التعاون مع العدو في زمن الحرب ، ص ٤٠ . د . علي حسين الخلف . د . سلطان عبد القادر الشاوي ، المباديء العامة في قانون العقوبات ، ص ٢٩٧ . د . عبد الرحمن العطار ، المحاكمات السياسية ، مجلة القضاء العراقية ، س ٢٧ ، ع ١ ، ص ٨ . د. مصطفى العوجي ، القانون الجنائي العام في لبنان ، جـ ١ ، ص ٢٢٠ ، شاكر العاني ، المقالة

هوامش

السابقة ، ص ٢١ ، د . محمود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات اللبناني ، ص ٤٤٧ . د . ابو اليزيد المتيت ، البحث العلمي عن الجريمة ، ص ٢٦١ .

(١٤) – د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٥ وتفصيلاً ص ١٣ لاحقاً .

(١٥) – راجع جملة في :– د . اكرم نشأت ابراهيم ، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي ص ٢٤ . وتفصيلاً في :. د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٢٨٤ ومابعدها .

(١٦) – فالجريمة السياسية من حيث الواقع هي :– مجرد صراع بين النظام والمعارضين له في مكان وزمان معينين ، فاذا نجحت المعارضة إنتفت الجريمة . وإذا فشلت حوكمت المعارضة على جريمة الخيانة العظمى .

(١٧) – د . اكرم نشأت ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(١٨) – د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧ .

(١٩) – لقد لاحظنا ان الفقه العربى يخلط بين مفهومي الدافع والهدف د . حسين الخلف د . سلطان عبد القادر . المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ، واكثر من ذلك من يعرف الدافع بأنه النية أو الغرض د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٨ ونهج نفس المسلك المشرع السوري م/ ١٩٥ عقوبات والمشرع اللبناني في م /١٩٦ عقوبات حيث عرفا الدافع [بأنه العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها] وما نراه انه مثل تلك المصطلحات القانونية يجب أن تأخذ حقها من الدقة ، فالدافع هو الذي يكمن خلف سبب التصرف والهدف هو المحصلة النهائية لهذا التصرف فمن يشتري سيارة لابنه يكون الدافع هو تملك السيارة والسبب هو التعاقد والهدف هو سعادة إبنه وفي مجال البحث من يسطو على مخزن أسلحة لمواجهة الحكومة ، فالباعث هنا هو ازالة الحكومة الظالمة والهدف هو الاستقرار والعدالة .

(٢٠) – تفصيلاً د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ١٤ . د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٦ .، د . مصطفى العوجي ، المرجع الساب ، ص ٢٢٤ ، د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٨ . د . سعد ابراهيم الاعظمي ، جرائم التعاون مع العدو ، ص ٣٤ د . انور العمروسي ، المرجع السابق ، ص ٧ . د . شاكر العاني ، المرجع السابق ، ص ١٦ د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٦ . د. ابو اليزيد المتيت ، البحث العلمي عن الجريمة ، ص ٢٦ . د . هيثم الناصري ، خطف الطائرات ، ص ٦ . د . علي حسين الخلف ، د . سلطان عبد القادر ، المرجع السابق ،

(٢١) – راجع ص ٤ سابقاً .

(٢٢) – د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(٢٣) – د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ١٧ .

ولو ان العبرة بالدافع الاقوى فلو كان الدافع السياسي عدت جريمته سياسية وان كان الدافع العادي

هوامش

[الدنيء] عدت الجريمة عادية فمن الصعب الفصل بين الدافعيين د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

ونعطي مثالاً على ذلك :-

إذا قام شخص بقتل احد الحكام ليجعل من نفسه حاكماً [دافع دنيء] وليخلص الشعب من ظلمهُ [دافع سياسي] فأي منهما سيرجح ؟

(٢٤) – د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٢٧ . د. محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ص ٤٤٨ .

(٢٥) – د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

(٢٦) – بدعوى المسايرة لفردية العقوبة ، د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، س ٢٣٧ .

(٢٧) – د . على حسين الخلف د . سلطان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ .

(٢٨) – راجع ص / ١٨ لاحقاً .

(٢٩) – حيث كان القاضى هو المشرع والمنفذ والحاكم

Raymond, Histoire du droit pénal, paris 1955 p. 23

(٣٠) – ومن ذلك الصراع بين الشيوعيين والفاشيين بسبب التحول الاقتصادي د . شاكر العاني ، المرجع السابق ، مقال ، ص ٢١ .

(٣١) – د. محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ ، وذلك لاضطراب العلاقات الدولية من ناحية وتشعب وظائف الدولة مسايرة للأتجاه الاشتراكي د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، س ٤٤٧ .

(٣٢) – مثل ذلك فى امريكا وروسيا والمانيا وبولندا وفنلندا . د . شاكر العاني ، المثال السابق ، ص ٢١ .

(٣٣) – ومن ذلك وضعت الدول تنظيمات سرية لمواجهة تنظيمات المعارضة ومثل ذلك في مصر في فترة الفساد السياسي قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ وما حدث في روسيا والمانيا وايطاليا حيث استخدمت عقوبة الاعدام السريع لمجابهة المجرم السياسي د . شاكر العاني ، المقال السابق ، ص ٢١ .

(٣٤) – فالجريمة السياسية لم تعد عملاً ضد الحكام بل اصبحت تهدد المجتمع في ثباته واستقراره ، د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٧ . د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ١١ .

(٣٥) – لانها تشكل اعتداء على النظام الذي إرتضته الجماعة لنفسها .

(٣٦) – د . شاكر العاني ، المقال السابق ؛ ص ٣٣ . د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٢١ .

(٣٧) – راجع توصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في كوبنهاجن سنة ١٩٣٥ الذي عرف الجريمة السياسية بأنها [هي التي ترتكب اعتداءً على النظام الدولة السياسي وحقوق المواطنين

هـــوامش

السياسية] تفصيلاً د. أبو اليزيد المتيت ، المرجع السابق ، ص ٢٦ . د . شاكر العاني ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

(٣٨) – مثال ذلك : Coss., 28 Sep 1970, D. 1971. p. 36

عكس ذلك : Cass., 23 pev 1072, D. 73. P. 333

وكذا القضاء السويسري د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

(٣٩) – د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ . د . علي حسين الخلف . د . سلطان عبد القادر المرجع السابق ، ص ٣٠٠ . د . ابو اليزيد المتيت ، المرجع السابق ، ص ٢٦ . د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ . د . شاكر العاني ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

(٤٠) – د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

(٤١) – راجع تعريف البهائية ص/ ٢٦ لاحقاً .

(٤٢) – راجع تعريف الفوضوية ص/ ٢٧ لاحقاً .

(٤٣) – انه في الغالب مايهم الجمهور مع الفاعل وذلك عن طريق التأييد الضمني أو الصريح كالمظاهرات ورفع الشعارات . د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ ومن امثلة ذلك تعاطف الشعب الأسباني مع [يرغوس] على اثر اعدامه في جريمة سياسية ، ولقبوه الأسبان بأنه من الضحايا المخلدين بينما وصفته الحكومة بأنه قاطع طريق . د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٩ .

(٤٤) – مثل طائفة القضاة ، فهم مواطنون قبل ان يكونوا قضاة يصدرون احكامهم وفقاً لأتجاهات الرأي العام والمشاعر الجماعية وذلك في إطار من نصوص قانونية .

(٤٥) – ويناصر هذا الأتجاه :– د . محمد ابراهيم اسماعيل ، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات ، ص ١٢ . د . السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، ص ٧٤ . د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٧ . د ج احمد فتحي سرور ، الوجيز ، ص ٣٢٠ . د . ابو اليزيد المتيت ، المرجع السابق ، ص ٢٦ . د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٨ .

(٤٦) – المادة/ ٢٢ (يحل السجن المؤبد محل الاعدام في الجرائم السياسية وتخفف العقوبة متى كان الباعث عليها شريفاً على النحو الآتي :– إذا كانت عقوبتها السجن المؤبد أو المؤقت نزلت الى عقوبة الحبس الذي لاتقل مدته على ستة اشهر ، وتقضي المادة/ ١٣٣ . (اذا توفرت عقوبة الجنحة يجوز للقاضي النزول بالعقوبة عند حدها الأدنى . وإذا كانت العقوبة حبساً وغرامة معاً حكمت المحكمة بأحدى العقوبتين وإذا كانت العقوبة حبساً غير مقيد بحد ادنى حكمت المحكمة بالغرامة بدلاً عنه) .

(٤٧) – فقد ألغيت عقوبة الأعدام عن المجرم السياسي وحلت محلها عقوبة النفي في قلعة محصنة وإذا كانت العقوبة اعتقال مؤبد تكون للمجرم السياسيى سجن مؤقت ، وإذا كانت اعتقال سيكون بالتجديد

هوامش

المدني للمجرم السياسي أما في الجنح فقد تركها المشرع للقاضي للحكم فيها وفقاً لسلطته التقديرية بين حدي العقوبة الادنى والاقصى . راجع د . علي حسين الخلف ، د . سلطان عبد القادر الشاوي ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ ، . د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ .

(٤٨) – المادة/ ١٩٨ [إذا كانت الجريمة سياسية تخفف العقوبة من الاعدام الى السجن المؤبد أو بالأشغال الشاقة المؤبدة والأعتقال المؤقت أو الابعاد أو الاقامة الجبرية أو التجريد المدنى بدلاً من الأشغال الشاقة المؤقتة للمجرم العادي ، والحبس البسيط أو لأقامة الجبرية بدلاً من الحبس مع الشغل] .

(٤٩) – تقضي المواد (٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠) من قانون العقوبات السوري باستبدال عقوبة الأعدام بالاعتقال المؤبد والاشغال الشاقة المؤبدة بالأشغال المؤقتة والاعتقال المؤبد بالأعتقال المؤقت والأشغال الشاقة المؤقتة بالتجريد المدني وذلك للمجرم السياسى ، فإن كانت الجريمة جنحة فيعاقب عليها المجرم السياسي بالحبس البسيط والأقامة الجبرية والغرامة .

(٥٠) – تقضي المادتان (٤١ ، ٤٢) ، من قانون العقوبات الايطالي باستبدال عقوبة الأعدام بعقوبة السجن المؤبد في هذا النوع من الجرائم وبلا تفرقة بين مواطن وغير مواطن حدثت في السلم ام في وقت الحرب .

The American Seyics of foyeign Peud codes, The italian penal code, N. 23 .

(٥١) – تسليم المجرم السياسي هو اجراء يتم بمقتضاه ان تتخلى دولة عن فرد موجود على اقليمها لسلطان دولة اخرى تطالب بتسليمه لغرض محاكمته أو لتنفيذ حكم صدر ضده . والتسليم هو مظهر من مظاهر التعاون بين الدول لمكافحة الأجرام . د . هيثم الناصري ، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ ، د . علي حسين الخلف ، المرجع الساق ، ص ١٢٠ .

(٥٢) – فتنقسم الجرائم في مجال تسليم المجرمين السياسين الى نوعين ، النوع الاول :– يسمى بجرائم الحرب وامثلتها مخالفة القواعد التي اقرتها إتفاقية جنيف بشأن معاملة اسرى الحرب . والنوع الثاني :– جرائم السلم وامثلتها مخالفة احكام معاهدة الصلح سنة ١٩٤٧ بين الدول المتحاربة [الحرب العالمية الثانية] تفصيلاً . د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ وما بعدها .

(٥٣) – راجع الدستور العراقي المادة/ ٣٤ ب . والمصري م/ ٥٣ وبوجه عام راجع احكام اتفاقية تسليم المجرمين بين الدولة العربية سنة ١٩٥٤ والتي تقضي بالمادة الرابعة بعدم التسليم في الجرائم السياسية وان وضعت للدول الحق في تعريف الجريمة السياسية . د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٦٥ . د . علي حسين الخلف ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

(٥٤) – راجع م/ ٢٢ من قانون العقوبات العراقي ، رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، وتعديلاته .

هوامش

(٥٥) - المادة/١ من القانون الفرنسي/ ١٨٩٩ . د . هيثم الناصري ، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ .
(٥٦) م/ ٢٢ من قانون العقوبات العراقي والمادة/ ٣ من قانون العقوبات الفرنسي .

(٥٧) - المواد من ٤٩٠ الى ٤٩٦ اجراءات جنائية فرنسي د . محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات المصري ، ص ٥٢ .

(٥٨) - كما حدث في العراق على اثر انتصاره على العدو الفارسي في معركة قادسية صدام حيث اصدر السيد الرئيس صدام حسنين القرار رقم ٨٦٠ في ١٩٨٨/١١/٣٠ بالعفو الشامل عن الهاربين لأسباب سياسية وكذلك للمتهمين والمحكوم عليهم في جرائم سياسية . راجع الوقائع العراقية س ٣١ ع ٣٢٣١ ، ص ٩٤٧ .

(٥٩) - كما حدث في مصر والعراق أبان نجاح ثورة ٢٣/ يوليو/١٩٥٢ في مصر حيث صدر المرسوم رقم ٢٤١ لسنة ١٩٥٢ . راجع د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٥٢ ، وفي العراق ثورة ١٤ تموز عام ١٩٥٨ حيث صدر القرار رقم ٢٣ لسنة ١٩٥٨ بالعفو العام عن المجرمين الساسيين التي حدثت جرائمهم قبل الثورة بأعتبارهم دعاة اصلاح وتحرير في نظام الحكم السابق ، راجع د . شاكر العاني ، المرجع السابق ، ص ٣٢ .

(٦٠) - في مصر صدر القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ على اثر تقلد حكومة علي ماهر زمام الوزارة للعفو الشامل عن المحكوم عليهم سياسياً في عهد الحكومات السابقة . د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

(٦١) - **القانون العراقي** : لقد كان قانون العقوبات العراقي البغدادي الملغي لا يتعرض للجريمة السياسية وبالرغم الغى لانه كان صادر من قبل قائد الاحتلال البريطاني عام ١٩١٨ هذا فضلا للتناقض والتعارض الذي وصلت اليه مواد ذلك القانون أثناء تطبيقه الذي احدث الظلم والجور والتعسف والتحكم بطبقة الشعب وعند قيام ثورة ١٧/ ٣٠ تموز المباركة صدر في عهدها قانون العقوبات العراقي رقم (١١١ لسنة ١٩٦٩ حيث تعرض للجريمة السياسية تقديراً منه لهذا النوع من الجرائم ومسايرة الاتجاه المعاصر فبناها على المعيار المزدوج حيث تقضي المادة ٢١ من قانون العقوبات العراقي : هي [التي ترتكب بباعث سياسي أو تقع على الحقوق السياسية العامة والفردية] .

القانون الايطالي :

يأخذ بالمعيار المزدوج فالمادة/ ٨ من القانون الايطالي تقضي بأن [الجرم السياسي هو الجرم الواقع

هوامش

علي مصلحة سياسية للدولة أو علىٰ حق سياسي للمواطن وكذلك الجريمة العادية متىٰ تمت بباعث سياسي] .

The Ameyican Seyies of foyeign penal cades, The itolian penal code. N. 23 .

وبهذا نختلف مع د . علي حسين الخلف ، د . سلطان عبد القادر حيث يرى أن الايطالي يأخذ بالمعيار الشخصي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ .

القانون الفرنسي : —

لم يضع المشرع الفرنسي تعريف للجريمة السياسية حتىٰ اليوم تاركاً امرها للقضاء . د . مصطفىٰ العوجي المرجع السابق ، ٢٣٩ ، فأختلفت الاحكام حيث اخذ القضاء بالمعايير الثلاثة . د . انور العمروسي ، المرجع السابق ، ص ١١ . وعكس ذلك . د . شاكر العاني حيث يرىٰ انه المشرع الفرنسي وضع للجريمة تعريفاً مفاده [هي التي تقترف وتكون السياسة هي الغرض أو الدافع لها] المقال السابق ، ص ٢٥ .

القانون المصري :

ساير نفس المسلك الفرنسي حيث لم يضع وحتىٰ اليوم تعريفاً للجريمة السياسية تاركاً امرها للقضاء . وما حدث في فرنسا حدث في مصر حيث اختلفت الاحكام في هذا المجال ؛ د . انور العمروسي ، المرجع السابق ، ص ٦ .

القانون اللبناني :

يأخذ المعيار المزدوج حيث تقضي المادة/ ١٩٦ [الجرائم السياسية هي الجرائم المقصودة التي اقدم عليها الفاعل . بدافع سياسي وكذلك الجرائم الواقعة على الحقوق السياسية العامة والفردية] .

القانون السوري :

يأخذ بالمعيار المزدوج حيث تقضى م/١٩٥ [نفس المسلك الذي سلكه المشرع اللبناني] .

(٦٢) – راجع ص/١٥ .

(٦٣) – راجع توصيات المؤتمر الدولي السادس لتوحيد قانون العقوبات كوبنهاجن ١٩٣٥ والتي سبقت الاشارة اليها .

(٦٤) – المفهوم المعاصر لجرائم امن الدولة :– ان التفرقة بين جرائم امن الدولة الداخلية والخارجية اصبحت اليوم آخذه في الاقوال . فقد ضاق فحواها الى حدٍ بعيد واليوم اخذت الغالبية من الدول بمبدأ

هوامش

ادماج هذين النوعين من نواع واحد في امثلة ذلك في فرنسا ثم الأدماج منذ عام ١٩٦٠ حيث اصبح العنوان [جرائم امن الدولة] ونفس المسلك في الجزائر عام ١٩٦٦ . وفي ايطاليا اصبح العنوان [الجرائم الموجهة ضد الشخصية الدولية] المواد ٢٤١/٢٤٢ . راجع

The Ameyicen Seyled, of, cit N . 23

وفي انكلترا اصبح العنوان [جرائم الامن]

Cofficial Secyets,

وذلك بقانون صدر عام ١٩١١ راجع :

Smith and Hogan, of, cit .,1. 802

وفي العراق لم يعد للتميز بين النوعين فائدة كبيرة . د . سعد الاعظمي ، جرائم التعاون مع العدو في زمن الحرب ، ص ٤٠ ومابعدها .

(٦٥) – لهذا لا تعتبر تلك الجرائم سياسية ولو كان الباعث عليها سياسياً راجع المواد ٢١/ق . ع . العراقي ، المادة/ ٦٩٨ قانون العقوبات الفرنسي بحسب آخر تعديل عام ١٩٦٠ ، المادة/ ١٩٨ القانون اللبناني و م/١٩٧ قانون العقوبات السوري .

(٦٦) – الارهاب : يعرفها القانون الانكليزي بأنه [من اخطر الجرائم الاجتماعية المقترنة بالاضطرابات السياسية] وذلك بقانون صدر عام ١٩٧٤ وعدل عام ١٩٧٦

Smith and Nogan, The crimonair Law, London, p. 812

والمادة ٣٠٤ من قانون العقوبات السوري [كل فعل يرمي الى ايجاد حالة ذعر عن طريق وسائل من شأنها احداث الخطر العام] والاتفاقية الدولية في جنيف . سنة ١٩٣٧ [هو الاعمال الاجرامية الموجهة ضد الدولة والتي في شأنها وطبيعتها اثارة الرعب لدى شخصيات أو جماعات معينة أو لدى الجمهور .

(٦٧) – فالمجتمع الدولي لازال مشغولاً منذ زمن بعيد بأسلوب مكافحة الارهاب وتتبع الارهابيين . ومن ذلك الاتفاقية الدولية المنعقدة في جنيف عام ١٩٣٧ مشار اليه د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٥٢ ، د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ ولاتزال الجمعية العامة للامم المتحدة وحتى اليوم منشغلة بوضع قانون لمكافحة الارهاب الدولية الآخذة في الإزدياد والانتشار الجغرافي وان كانت العوائق لاتزال في طريقها ومن اهمها عدم الاتفاق على [مفهوم الارهاب] و [تحديد الافعال التي يقرها العرف الدولي اذا تمت لتحقيق اهداف معينة وطنية وسياسية] وتلك عوائق قد تؤثر وتؤخر كثيراً مثل تلك المكافحة على المستوى الدولي وهناك جهود تبذل لأنشاء منظمة دولية خاصة لمعالجة الأرهاب الدولي .

د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ ومابعدها .

هوامش

(٦٨) – وهناك احصائية تكشف بجلاء عن مدى تزايد اختطاف الطائرات في الوقت الحديث [في عام ١٩٦١ تم اختطاف (١٠) طائرات وفي عام ١٩٦٢ تم اختطاف ثلاث طائرات وفي عام ١٩٦٣ اختطفت طائرة واحدة وفي عام ١٩٦٤ اختطفت طائرتان وفي عام ١٩٦٥ تم اختطاف خمس طائرات وفي عام ١٩٦٦ أختطفت اربع طائرات وفي عام ١٩٦٧ تم اختطاف (٦) طائرات وفي عام ١٩٦٨ تم اختطاف

(٣٥) طائرة وفي عام ١٩٦٩ اختطفت (٨٨) طائرة . وتم اختطاف (٨٣) طائرة في عام ١٩٧٠ وفي عام ١٩٧١ اختطفت (٤٨) طائرة وفى عام ١٩٧٢ تم اختطاف (٥٨) طائرة . راجع / د. هيثم الناصري ، خطف الطائرات ، سنة ١٩٧٦ ، ص ٤٨ .

(٦٩) – راجع المواد ٢١/٢٢ من قانون **العقوبات العراقي** وان تشددت في مجال التجريم لتستبعد المشروع كذلك في المجال السياسي ، ٣١٤ ق . ع . **لبناني وان** تشددت في مجال العقاب منذ عام ١٩٥٩ بحسب أخذ تعديل للمادة ٥٦٩ عقوبات ، ٣٠٤ ق . ع . **السوري** ، ونفس المسلك **القانون الانكليزى** بحسب آخر تعديل عام ١٩٧٦ .

. Smith and Hogan, op, cit. P. 813 .

وفى فرنسا اصدر المشرع هناك العديد من القوانين التي استبعدّ بمقتضاها والتعذيب من المجال السياسي وان كان الباعث عليها سياسي راجع المواد من ٧٠ الى ٧٣ ومن ٨٦ إلى ٨٨ عقوبات بحسب آخر تعديل لها عام ١٩٦٠ حيث لا تميز بين جرم عادي وجرم سياسي هذا المجال وبهذا حكم القضاء .

Cass., 4 hav. 1971, de p. 72 H 1272 .

Cass., 7 maw. 1972, op,, cit .

Cass., Juin. 1972, D. 72. 107 .

Cass., 23 Fer. 1972, Op. cit 333.

(٧٠) – عرفها معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بجنيف سنة ١٨٩٢ بأنها [الجرائم الموجهة ضد الاسس التي يقوم عليها كل تنظيم اجتماعى] .

(٧١) – واختلف الآراء في تسمية هذا النوع من الجرائم ، فمن يطلق عليه اسم الجرائم الشيوعية ومن يرى انها الجرائم الفوضوية ومن يرى انها الجرائم البهائية تفصيلاً . محمد الفاضل المرجع السابق ، ص ٨٥ . د . ممدوح توفيق الاجرام السياسي ، ص ٩٠ ، د . غالب الداودي ، شرح قانون العقوبات العراقي ، ص ٥٣ ، وقد فضلنا تسميتها بالجرائم الاجتماعية لأن المجتمع هو المجني عليه من كل تلك الجرائم ومن ثم تشمل التسمية المختارة كل تلك التسميات وغيرها ، تفصيلاً د . عبد الوهاب عمد ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

(٧٢) – وتقصد من الشيوعيين [الفوضويين منهم] والذين عرفهم [آرثر كرسلر] بأنهم الذين يؤمنون

هوامش

ايماناً ينطوي على التبرم والسخط بالبيئة الاجتماعية الراهنة ، تفصيلاً مؤلفه في الشوعية عارية ، ترجمة عمر الاسكندري ، ص ٥ .

(٧٣) – ان البهائية كما يعرفها [بوكيونين] هي حركة ترمي الى القضاء وبعنف على النظام الاجتماعي والمدني القائم واستبعاد الحكومات مطلقاً كمثل أعلى على الحرية السياسية والانسجام الاجتماعي . د . ممدوح توفيق . تلمرجع السابق ، ص ٤١ . ويجد البهائيون مثلهم الاعلى هو عدم الطاعة لالاله ولا لسيد ، ذكي عبد المتعال ، تاريخ النظم السياسية والاقتصادية ، ص ٤٦ .

(٧٤) – ان الفوضوية كما يعرفها [ماكسلى] هي مذهب اجتماعي فلسفي هدفها هدم المجتمع ثم بنائه من جديد على ان تكون سيادة كل فرد على نفسه الي الحكومة الشرعية الوحيدة وبالتالي لاداعي لحكومة المجموع فالفوضويون أحرارا مطالبين في هذا الاتجاه طوباوبُون اي يؤمنون بالخير النابع من فطرة الانسان الصالحة ، ولهذا اعتبروا الدولة مخلوق غريب عن تلك الفطرة فوصفوها مما وصفوها بالعملاق الوحشي ، فهي يدّ تنتقم وفم يلتقم واداة ظلم وعدوان د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .

ومما يذكر أن مؤتمر المحامين العرب بجلسته المنعقدة في بغداد سنة ١٩٥٨ استبعد الجرائم الفوضوية من المجال السياسي ولو كان الباعث عليها سياسياً . د . غالب الداودي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٥ .

(٧٥) – تفصيلاً د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٣٩ ومابعدها . د . عبد الوهاب محمد ، المرجع السابق ، ص ٤٣ ، د . انور العمروسي ، المرجع السابق ص ١٣ .

(٧٦)- معهد القانون الدولي في جلسته المنعقدة باكسفورد/ ١٨٨٠ بالبند/٤ استبعدت جرائم الاغتيال السياسي فلا تستفيد به طائفة المجرمين السياسيين وعلى نفس الدرب سار بجلسته المنعقدة في جنيف ١٨٩٢ والمؤتمر الدولي لتوحيد قانون العقوبات في كوبنهاجن عام ١٩٣٥ .

(٧٧) – المادة/١٦٦ سوري حيث تستبعد القتل عموماً . وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية قتل رئيس الجمهورية pyesidemt faul Douncy, حيث حكم على الفاعل بالاعدام رغم ان تلك العقوبة مستبعدة عن المجرم السياسي حسب ماتقدم .

Cass., 2.O Aout 1932 -·D.32; 121 .

(٧٨) – المادة/١٩٧ لبناني حيث تستبعد القتل أو الجرح الجسيم .

(٧٩) – المادة/ ٢١ عراقي حيث تستبعد القتل عمداً والشروع فيه وبالنسبة لرؤساء الدول تستبعد كذلك اي اعتداء آخر اقل من القتل سواء وقع على رئيس الدولة او رؤساء الدول الاجنبية أو على احد عوائلهم راجع الاتفاقيات المبرمة بين العراق ومصر ١٩ والسعودية ١٩٣١ واليمن ١٩٤٦ بشأن تسليم المجرم السياسي . د . على حسين الخلف ، سلطان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

هوامش

(٨٠) – د . محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ٥٤ .

(٨١) – ربما ذلك يعنيه **المشرع السوري** بالمادة/ ١٩٦ حيث تقضي بأن [الحرب الاهلية أو العصيان لاتعد الجرائم المركبة أو الملازمة فيها سياسية اذا كانت عادة الحروب تمنعها] .

ونفس المسلك **بالقانون الانكليزى** حيث لايعتد بها الا في حالة Politiask Dio the bencws.

Smith and Nogan, op. cit. p. 812 .

(٨٢) – تفصيلاً د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .

(٨٣) – وربما ذلك مايعنيه المشرع العراقي باستبعاد الجرائم المخلة بالشرف من المجال السياسي مثل خيانة الامانة والاحتيال والرشوة وهتك العرض م/٢١ ، – [حيث لارتكاب الجريمة السياسية مثل تلك الافعال .

(٨٤) – وبهذا حكم القضاء الفرنسي :

Cass., 28. Scp. 1970, D. W 36.

عكس ذلك المرجع .

Cass., 23. Fer 1972, oP. cit : 333.

(٨٥) – راجع المادة/ ٢١ عراقي التي فصحت عن حدود الجريمة السياسية ثم استبعدت جرائم السرقة والاختلاس والتزوير وخيانة الامانة والاحتيال .

والمادة/ ١٩٦ عقوبات السوري التي استبعدت السرقات الجسيمة ولاسيما مالرتكبت بالسلام أو العنف وكذا الشروع فيها . والمادة/١٩٧ لبناني التي استبعدت الاعتداء على الاملاك احراقاً أو نسفاً أو إغراقاً والسرقات الجسيمة .

(٨٦) – د . علي حسين الخلف ، سلطان عبد القادر ، المرجع السابق ، ٣٠ . د . غالب الداودي المرجع السابق ٢٥٤ ، . د . ابو اليزيد المتيت ، المرجع السابق ، ص ٢٩ . د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٨ ، وما نراه ان هذا الرأي كان له اساس وفقاً لقرارات معهد القانون الدولي بجلسته المنعقدة في اكسفورد عام ١٨٨٠ حيث يقضي البند/ ٤ [بأن الجرائم التي يتوافر فيها جميع اركان الجريمة العادية كالأغتيال والسرقة والجريمة يجب الا تحول دون تسليم المجرم] .

مشار اليه بنفس المراجع المتقدمة .

(٨٧) – د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ٢٣٢ ، راجع رأي سيادته في معيار الباعث الشخصي ص/١٠ من هذا البحث .

المصلحة بين دعوى الالغاء ودعاوى القضاء المدنى

للسيد الاستاذ / صابر الرماح
المحامى

أصبح لدعوى الالغاء أهمية كبرى بحسبانها وسيلة مقررة للافراد لمواجهة عسف الجهة الإدارية وخروجها على مبدأ المشروعية الذى يعد حلم كل مشتغل بالقانون فى أن تكون للقانون الكلمة العليا فى الدولة وأن يخضع له كل من الحاكم والمحكوم على السواء وتتناول خطة البحث مقدمة عامة فى تعريف دعوى الإلغاء وفى إشتراط المصلحة فى دعوى الالغاء وفى مفهوم المصلحة فى الفقه والإجتهاد الإداريين ثم ثلاثة فصول الفصل الأول فى طبيعة المصلحة فى طعون الإلغاء والفصل الثانى فى الأحكام العامة للمصلحة ثم الفصل الثالث فى المقارنة بين المصلحة فى دعوى الالغاء وفى غيرها من الدعاوى .

مقدمة عامة

أولا : ماهى دعوى الإلغاء ؟

من الدعاوى التى يفصل فيها القضاء الإدارى لابل من أهم الدعاوى التى يدخل النظر فيها فى ولاية هذا القضاء الدعوى التى يطلق عليها اسم «دعوى الإلغاء» وفى هذه الدعوى يلتجىء شخص الى القضاء طالباً الحكم بالغاء قرار صدر عن سلطة إدارية بحجة أنه صدر مشوباً بعيب يفقده المشروعية التى يجب أن يقوم عليها كل قرار إدارى ولهذا يحلو لبعض الفقهاء وصف دعوى الالغاء بقولهم (أن دعوى الطعن بسبب تجاوز حدود السلطة ليست دعوى بين خصوم إنها مقاضاة قرار .) أو أنها (ليست خصومة بالمعنى الصحيح بين طرفين انما هى اختصام لقرار إدارى بذاته باعتباره وسيلة للمساهمة فى ضمان مشروعية أعمال السلطة الادارية) .

ثانيا : اشتراط المصلحة فى دعوى الإلغاء :

يقوم جدل فقهى كبير حول اشتراط المصلحة فى دعوى الإلغاء بوصفها من القضاء العينى الذى لايدخل حقوق الأفراد فى حسابه عند كشفه عن العيب الذى شاب القرار المطعون فيه فيرى جانب من الفقه أن إشتراط المصلحة فى دعوى الغاء لامسوغ له ويرى آخرون أن استبعاد شرط المصلحة يجعل القاضى حكماً فى نزاع ليس وراء خصم حقيقى فهو كمن يتصدى للحكم من تلقاء نفسه وليس مثل هذا العمل فى مفهوم القضاء بشىء والقاضى يغدو ان فعل ذلك كالرقيب على تصرفات الإدارة كأنه هيئة تعلو السلطة الإدارية درجة وما هو ذلك ولقد حسم المشرع المصرى هذا الخلاف بالنص الصريح على اشتراط المصلحة وذلك فى المادة ١٢ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة التى ورد بها (لاتقبل الطلبات الآتية :

أ - الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية) .

على أن الجدل الذى دار

حول اشتراط المصلحة فى دعوى الإلغاء أضفى عليها مفهوماً جديداً يختلف عن مفهومها فى قانون المرافعات المدنية فجعل منها مجرد فائدة يقرها القضاء[1] وإن لم ترق فى حقيقتها الى درجة الحق أما هذه الفائدة التى تتمثل فيها المصلحة فى دعوى الالغاء فلايمكن وضع تعريف دقيق لها أو تحديدها تحديدا يفصل بين قيام المصلحة وبين انعدامها وقد استقر الاجتهاد القضائى على أن القضاء يستقل وحده بتقدير المقبول منها وغير المقبول مثبتاً فى العديد من الاحكام استطاعته عند تقرير وجود المصلحة فى الدعاوى المرفوعة اليه استبعاد الكثير من عيوب اشتراطها وقدرته على تحقيق أهم الفوائد التى يتغنى بها أنصار عدم اشتراطها .

ثالثا : مفهوم المصلحة فى الفقه والإجتهاد الاداريين :

من المتفق عليه بين فقهاء القانون العام أن المصلحة المطلوب توافرها فى دعوى الالغاء يجب أن تكون مصلحة شخصية ومباشره ومشروعه ولكن ماهو التحديد الدقيق لهذه المصلحة هل تكون المصلحة مادية تتمثل فى ضرر أصاب المدعى فى عمله أو وظيفته أو معاشه فحسب أم يمكن أن تكون معنوية أيضا كأن تكن ناجمة عن تصرف فيه مساس بسمعة المدعى كموظف أمين أو بكرامته كمنتسب الى مهنة خاصة أو فيه مساس بحقوق هيئة أو جماعة ينتسب اليها المدعى وهل يكفى أن يكون المرء فرداً من طائفة معينة أو مجرد مواطن فى الدولة ليدعى بوجود مصلحة فى طلب الغاء قرار صادر عن السلطة الادارية فيها ؟

وهل المصلحة التى كانت قائمة عند رفع دعوى الالغاء يجب أن تستمر قائمة حتى الفصل فى النزاع ؟ وهل يحكم بعدم قبول الدعوى اذا ما افتقد المدعى المصلحة بعد رفعه الدعوى وهل يكفى للقول بوجود المصلحة أن قيامها متصوراً فى الايام التالية لرفع الدعوى أى هل يكفى أن تكون المصلحة محتملة أم لابد أن تكون دوما حالة وقائمة عند رفع دعوى الالغاء .

الفصل الاول

طبيعة المصلحة فى دعوى الإلغاء

استقرت أحكام المحكمة الادارية العليا أن (دعوى الالغاء خصومة عينيه مناطها اختصام القرار الادارى ذاته استهدافا لمراقبة مشروعيته لذلك يشترط أن يكون القرار منتجاً أثره عند إقامة الدعوى وأن تخلف هذا الشرط بأن زال ع القرار قبل رفع الدعوى بإلغائه أو بانتهاء فترة تأقيته دون أن ينفذ على أى وجه كانت الدعوى غير مقبوله إذ لم تنصب على قرار إدارى قائم ولم تصادف بذلك محلاً) . (طعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢ مبادىء المحكمة الادارية العليا د . نعيم عطية ص ٢٢)[2] .

وقضت المحكمة الادارية العليا أيضا أن قبول دعوى الالغاء منوط بتوافر شرط المصلحة الشخصية لرافعها ويتسع شرط المصلحة الشخصية لكل دعوى إلغاء يكون رافعها فى حالة قانونية خاصة بالنسبة الى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثرا فى مصلحة جدية له وأن اتساع شرط المصلحة الشخصية فى دعوى الإلغاء على النحو السابق لا يعنى الخلط بينها وبين دعوى الحسبة[3] .

(طعن رقم ٦٩١ لسنة ٢٧ جلسة ١٩٨٣/١١/٢٦ المرجع السابق ص ٢٩ ، ٣٠) .

واذا كان القضاء الاداري قد ساير القضاء المدني فاشترط لقبول دعوى الالغاء توفر المصلحة الشخصية المباشرة الا أن شراح القانون الإداري قد جروا في هذا الخصوص على التفرقة بين المصلحة في دعوى الالغاء والمصلحة في دعاوى القضاء الكامل وانتهوا من ذلك الى أنه اذا كان يكفي في الأولى أن يتوافر مجرد المصلحة الجديه فانه لابد في الثانية من أن تعتمد المصلحة على حق شخص .

والذي حدا بالفقه الى اعتماد هذه التفرقة نظرته الخاصة الى طلبات الالغاء فانها على خلاف دعاوى القضاء الكامل لاتتعلق بحقوق شخصية ولكنها تعرض على المحكمة نوعاً من الخصومة العينية محلها القرار الاداري المطعون فيه بقصد تحقيق مشروعيته ضمانا لسيادة القانون[٤] .

وقد سايرت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الاتجاه وأكدت في أكثر من مناسبه أنه يكفي لقبول طلب الغاء القرار الإداري توافر شرط المصلحة الشخصية المباشره في هذا الالغاء ولا يلزم أن تستند المصلحة على حق ذاتي للطاعن لأن هذه المصلحة تتحقق متى كان الطاعن في مركز قانوني خاص وثيق الصلة بالقرار المطعون فيه بأن تربطه به علاقة مباشرة وهو ما أكدت المحكمة الادارية العليا فيما قضت به من أن دعوى الإلغاء تختلف بداهة عن دعوى التعويض أركاناً وموضوعاً وحجية وأخص مافي الامر أنه بينما يكتفي في دعوى الإلغاء بأن يكون رافعها صاحب مصلحة فانه يشترط في دعوى التضمين أن يكون صاحب حق أصابته جهة الادارة بقرارها الخاطيء بضرر يراد رتقه وتعويضه عنه .

ويرى جانب من الفقه وبحق أن طعون الالغاء من فئة القضاء العيني ولكنها تحمي مصالح خاصة فلهذه الطعون دورها في حماية المصالح الذاتية والمراكز القانونية الخاصة بالأفراد فهي ليست من قبيل دعاوى الحسبة وأنها لاتكون مقبولة مالم تقم بالمدعي حالة قانونية خاصة تكون متصلة بالقرار المطعون فيه على شكل يجعل هذا القرار مصدرا للإضرار بهذه الحالة القانونية الخاصة ومبرراً لرفع الطعن .

وتأسيساً على ذلك فإنه مهما قيل بأن طعون الإلغاء تمثل مخاصمة عينية للقرار الإداري في ذاته فانها تقيم كذلك ودون شك نوعاً من الخصومة الشخصية بين الادارة والطاعن ذلك أن القرار الاداري اذ يقوم في الاصل على أنه افصاح جهة الادارة عن ارادتها الملزمة بقصد احداث أثر قانوني معين فان كل اختصام لهذا القرار لدى القضاء لا يمكن الا أن يتضمن في نفس الوقت النعي على إرادة الهيئة العامة التي أصدرته مما لا ينكر معه أن طعون الالغاء تثير خصومة قضائية بين مدعي ومدعى عليه بين مصلحة خاصة من ناحية يمثلها الطاعن ومصلحة عامة من ناحية أخرى تمثلها الادارة في القرار المطعون عليه .

واستعرض تاريخ القضاء الإداري بل وتاريخ طعون الالغاء بوجه خاص يمكن أن يؤكد أن طعون الالغاء قد

نظمت فى القانون كوسيلة من وسائل ممارسة الرقابة على الادارة حتى تحترم القانون فى مواجهة الغير من المتعاملين معها صيانة لحقوق هؤلاء وحرياتهم من أن تعتدى عليها السلطات العامة عن خلاف القانون .

ومعنى ذلك أنه يجتمع فى طعون الالغاء جانب عينى يتمثل فى قيام هذه الطعون على فكرة حماية مبدأ المشروعية وجانب شخصى يتمثل فى ذاتية المصالح والمراكز القانونية التى تحميها هذه الطعون والتى لا تكون مقبولة لدى التقاضى بدونها فهى إذن دعاوى من طبيعة مختلطة تجمع بين الجانبين العينى والشخصى .

الفصل الثانى

الاحكام العامة للمصلحة

أولا : المصلحة والصفة :

يجمع غالبية شراح قانون المرافعات على أن شروط قبول الدعوى هى الحق والمصلحة والصفة والأهلية .

ولا خلاف فيما يتعلق بشرطى الحق والاهلية أما بالنسبة لشرطى المصلحة والصفة فقد اختلف الفقهاء فى مدلولها فمنهم من يعتبرهما شرطين منفصلين ومنهم من يعتبر الصفة شرطا فى المصلحة .

ولهذا الخلاف بين الشراح فى تعريف الصفة سببا الأول أن لكلمة الصفة معان غير محددة فقد يقصد بها المصلحة الشخصية وهذا معنى قول الفقهاء أن صاحب الصفة هو صاحب الحق المدعى به .

وقد يقصد بالصفة سلطة استعمال الدعوى ومباشرتها وهذا المقصود بقول الفقهاء «أن صاحب الصفة هو من يمثل صاحب الحق المدعى به» .

والسبب الثانى يرجع الى غموض شروط قبول الدعوى الى حد أنها اختلطت بشروط استعمالها ومباشرتها مع أن هذا التمييز بينهما متعين لأن الدعوى قد تكون لشخص لانه صاحب الحق وتكون سلطة مباشرتها لسواه كالوصى لأن الأصيل قاصر فالمصلحة وهى الحاجة لحماية القانون لحق من الحقوق هى شرط لقبول الدعوى والصفة بمعنى السلطة أو الأهلية هى شرط لمباشرة الدعوى ويرجع الخلاف بين مدلول المصلحة والصفة فى مجال الدعاوى العادية الى أن المصلحة فى هذه الدعاوى يجب أن تستند دائما الى حق تجب حمايته لأن الدعوى فى الحقيقة هى من توابع الحق وليس رافع الدعوى دائماً هو صاحب الحق اما فى مجال دعاوى عليه ولهذا فإن مدلول المصلحة والصفة يندمجان فى مجال دعوى الإلغاء بحيث تقتصر شروط دعوى الالغاء فيما يتعلق برافعها على شرطين هما الاهلية العادية للتقاضى ثم المصلحة أو الصفة ونرى من الافضل عدم استخدام لفظ صفة منعا للبس .

وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الادارى فى مصر فى السنوات الاولى لانشائها اذ قضت بأنه (ومن حيث أن الصفة فى دعاوى إلغاء القرارات الادارية لمجاوزة حدود السلطة تندمج فى المصلحة فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة مادية أو أدبية لرافع الدعوى فى طلب إلغاء القرارات المذكورة سواء كان رافع الدعوى هو الشخص الذى صدر بشأنه القرار

المطعون فيه أم غيره حيث أن هذه القاعدة المتقدمة مؤسسة على طبيعة هذه الدعاوى من أنها دعاوى عامة موضوعية القصد منها تصحيح الحالات القانونية بازالة كل أثر قانونى للقرارات الإدارية غير المشروعة والمخالفة للقانون «حكم القضاء الاداري ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ القضية رقم ١٩ لسنة١٢ ق مجموعة الاحكام السنة الثالثة ص ١٧٢» .

ثانيا : المصلحة شرط لقبول الدعوى والعبرة بتوافرها عند رفع الدعوى :

من الامور المقررة أنه يجب توافر المصلحة عند رفع دعوى الالغاء أى يوم رفعها والا قضت المحكمة بعدم قبول هذه الدعوى(٥) . ولكن هل يجب أن تستمر المصلحة منذ يوم رفع الدعوى لحين الفصل فيها بمعنى هل يتعين أن يظل شرط المصلحة قائماً حتى صدور الحكم فى الدعوى ؟

تضاربت أحكام القضاء الادارى المصرى فى هذا الخصوص فذهبت بعض الإحكام الى تقرير ضرورة توافر المصلحة وقت رفع دعوى الالغاء وضرورة استمرارها ووجودها مابقيت الدعوى قائمة لكونها شرط مباشرة الدعوى وأساس قبولها فاذا كانت هذه المصلحة منتفية من بادىء الأمر أو زالت بعد قيامها أثناء سير الدعوى كانت الدعوى غير مقبولة(٦) ذلك أن المدعى فى نظر هذا الرأى يصبح غير ذى صفة تخول له الإستمرار فى الدعوى وتصبح الدعوى غير ذات موضوع وتصبح ولا مصلحة للمدعي فى السير فيها مادام أن الآثار التى ترتبت على القرار المطعون فيه قد زالت(٧) وذهبت بعض الاحكام الى تقرير رأى عكس يخالف ما ذهبت اليه الاحكام السابق بيانها ورأى هذه القضاء العكس .

ان المصلحة فى اقامة الدعوى تتقرر بحسب الوضع القائم عند رفعها ولا تتأثر بما يجد بعد ذلك من أمور وأوضاع والمدعى وقت صدور القرار المطعون فيه كان عاملاً فى الخدمة ومن ثم تكون له مصلحة فى اقامة دعواه بطلب الغاء لايؤثر على مصلحته فى ذلك بلوغه التقاعد فيما بعد(٨) .

كما أكدت محكمة القضاء الإدارى وجهة نظرها هذه بإعلان أن مناط تقرير مصلحة المدعى فى الدعوى انما يتحدد بتاريخ رفعه لدعواه لا بتاريخ صدور الحكم فيها .

والراجح أن الرأى الثانى القائل بأن مناط المصلحة وقت رفع الدعوى فقط دون اشتراط استمرار تحقيقها أثناء سير الدعوى حتى الفصل فيها هو ما يتفق والطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء على اعتبار أنها دعوى مشروعية تقوم على مخاصمة القرار الادارى المطعون فيه بحيث تقف عند حد التحقق من مدى موافقة هذا القرار لمجموعة القواعد القانونية ويكون الحكم فيها ذا حجية مطلقة تنصرف الى الكافة هذا على أن مساندة الرأى الأول إنما تعنى إسدال الحماية على قرارات صدرت مخالفة للقانون(٩) .

ثالثا : يجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة :

ومعنى ذلك أن يكون رافع الدعوى فى حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون عليه من شأنها أن يجعله مؤثرا تأثيراً مباشراً فى مصلحة شخصية له .

ومن ثم تتوافر المصلحة الشخصية المباشرة إذا مس القرار المطعون فيه حالة قانونية خاصة بالطالب وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الادارى أنه يكفى لقبول طلب إلغاء القرار الإدارى توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة مهما كانت صفة رافع الدعوى بالنسبة الى القرار المطعون فيه لأن طلب إلغاء القرارات الادارية لمجاوزة السلطة هو طعن موضوعى عام ومبنى على المصلحة العامة التى يجب أن تسود الأعمال الادارية والقصد منه مخاصمة القرار الإدارى غير المشروع فى حد ذاته لإبطاله فقضاء الإلغاء قضاء موضوعى لايتطلب فى كل من يلجأ اليه أن يكون صاحب حق بل يكفى أن يكون ذا مصلحة شخصية مباشرة فى إلغاء القرار الإدارى المطعون فيه(١٠) .

واذا كان يشترط أن يؤثر القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً فى مصلحة الطاعن الشخصية فان ورثة الطاعن لايمكن لهم الاستمرار فى دعوى مورثهم مالم تكن لهم مصلحة شخصية مباشرة فى طلب الالغاء ذلك أن مثل هذا الحق لايورث وأنه يجب أن يمس القرار المطعون فيه حالة قانونية خاصة لكل منهم تجعل له مصلحة شخصية ومباشرة فى طلب الغائه(١١) كما قضت محكمة القضاء الادارى أنه لايلزم لقبول الدعوى أن يكون المدعى ذا حق وأنه تكفى المصلحة الشخصية المباشرة مادية كانت أو أدبية فى طلب الالغاء بأن يكون فى حالة قانونية خاصة بالنسبة الى القرار من شأنها أن تجعله يؤثر فيها تأثيرا مباشرا .

رابعا : المصلحة المحققة والمصلحة المحتملة :

اذا نظرنا فى مجال الدعاوى المدنية والتجارية نجد أن قانون المرافعات يشترط أن تكون المصلحة قائمة يقرها القانون كقاعدة عامة فتنص المادة ٣ مرافعات «لايقبل أى طلب أو دفع لاتكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » .

ويشترط القيام هذه المصلحة ثلاثة شروط :

أولا : أن يوجد حق أو مركز قانونى :

فحيث لاحق لدعوى وأن توجد قاعدة قانونية تحمى هذا الحق أو المركز فاذا لم يكن هنا وجود لمثل هذه القاعدة القانونية فلا ينشأ الحق فى الدعوى كأن يطالب شخص آخر بإلزامه بأداء دين قمار .

ثانيا : اعتداء على الحق أو المركز القانونى

أى أن يحدث ما يحرم المدعى من المنافع التى يحصل عليها من هذا الحق أو المركز القانونى مما يوجب تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية .

ثالثا : الصفة :

يقصد بالصفة كشرط فى الدعوى أن تنتسب الدعوى ايجاباً لصاحب الحق فى الدعوى وسلباً لمن يوجد الحق فى الدعوى فى مواجهته فهو تمييز للجانب الشخصى للحق فى الدعوى .

فاذا توافرت الشروط السابقة من حق أو مركز قانونى – اعتداء يحرم صاحبه من منافعة بحيث يحتاج لحماية القضاء – صفة نشأت له

مصلحة فى الحصول على حماية قضائية لرد هذا الاعتداء أى نشأت مصلحة فى الدعوى وبعبارة أخرى نشأ له الحق فى الدعوى أما اذا تخلف أحد هذه الشروط فلا يوجد هذا الحق(١٢) .

وبالنسبة لدعوى الإلغاء ليس من الضرورى أن تستند المصلحة التى تبرر قبول دعوى الإلغاء الى حق ولكنها من ناحية أخرى ليست تلك المصلحة العامة فى أن تلتزم الادارة حدود المشروعية التى يشترك فيها جميع المواطنين بل يجب أن تكون تلك المصلحة شخصية وأقصى ما وصل اليه قضاء مجلس الدولة سواء فرنسا أو فى مصر من حيث وضع معيار لتحديد المصلحة الشخصية قوله أن طالب الالغاء يجب أن يكون فى حالة قانونية خاصة أثر فيها القرار المطلوب الغائه تأثيراً مباشراً .

وهذا هو المعنى بل وذات الالفاظ التى يرددها مجلس الدولة المصرى فى أحكامه(١٣) ومنها على سبيل المثال قوله فى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ أن المصلحة فى رفع دعوى الإلغاء تتوافر عند ما يكون رافعها فى حالة قانونية أثر فيها القرار المطلوب الغاؤه تأثيراً مباشراً وتستعمل المحكمة الادارية العليا صيغة مقاربة فهى تقول مثلا «أن المصلحة فى دعوى الالغاء انما تستمد مقومات وجودها من مركز خاص لصاحب الشأن يربطه بالقرار محل الطعن رابطة يكون من شأنها أن يترتب على هذا القرار المساس بمركزه القانونى» .

ومن ثم يبين أنه فى الدعاوى العادية لكى تقبل الدعوى كقاعدة عامة يجب أن يكون لرافعها مصلحة قائمة أو حالة وقت رفع الدعوى .

ثم جعل المشرع المصلحة المحتملة كافية لقبول الدعوى فى حالات استثنائية مناط توافرها إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاسيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه/ م ٣ مرافعات .

وفى دعاوى الإلغاء توسع القضاء الإدارى المصرى فى هذا الخصوص فأجاز المصلحة المحتملة لقبول دعوى الألغاء إذ قرر بأنه يكفى أن يمس القرار المطعون عليه مصلحة مادية أو أدبية للمدعى ولو كانت مصلحة محتملة(١٤) .

الفصل الثالث

المقارنة بين المصلحة فى دعوى الالغاء وفى غيرها من الدعاوى

من المقرر أن المصلحة شرط اساسى لقبول جميع الدعاوى سواء رفعت الى القضاء العادى أو الى القضاء الادارى . فالمادة/٣ مرافعات تقرر بأنه لا يقبل أى طلب أو دفع لايكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، وهى القاعدة التى نصت عليها المادة ١٢ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص ، مجلس الدولة والتى تمنع قبول الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية» .

واذا كان من المتفق عليه فى قانون المرافعات أن المصلحة التى تبرر قبول الدعوى يجب أن تستند الى حق اعتدى عليه أو مهدد بالاعتداء عليه فان المصلحة فى دعوى الالغاء لايشترط

فيها أن تستند الى حق لرافعها اعتدت عليه السلطات العامة أو مهدد باعتدائها عليه وهذه التفرقة ترجع الى الطبيعة العينية أو الموضوعية لدعوى الالغاء حيث يدور النزاع فيها حول مشروعية القرارات الإدارية فى ذاتها وهو مجال لايتمتع فيه الأفراد بحقوق شخصية على الرأى الغالب بل لهم مصلحة لاترقى الى درجة الحق ولهذا فان القضاء الادارى يكتفى بهذه المصلحة لقبول دعوى الالغاء اذ أن قضاء الالغـــــــاء قضاء موضوعى أو عينى يدور النزاع فية حول مشروعية القرارات الادارية وهو مجال لا يتمتع فيه الافراد بحقوق شخصية ولا يقتضى بحكم اللزوم أن تستند المصلحة فيه الى حق اعتدى عليه بل يكون الطاعن فى مركز قانونى خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مادام قائما مؤثراً فى مصلحة ذاتية للطالب تأثيرا مباشراً ومن ثم فان الرأى الراجح ترتيباً على ذلك يذهب الى أن دعوى الالغاء ليست من دعاوى الحسبه لانه يشترط فى الطاعن أن يكون فى مركز قانونى خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مادام قائما موثراً فى مصلحة ذاتية للطالب تأثيرا مباشرا(١٥) .

ويكفى أن يمس القرار المطعون عليه مصلحة مادية أو أدبية للطاعن ولو كانت مصلحة محتملة .

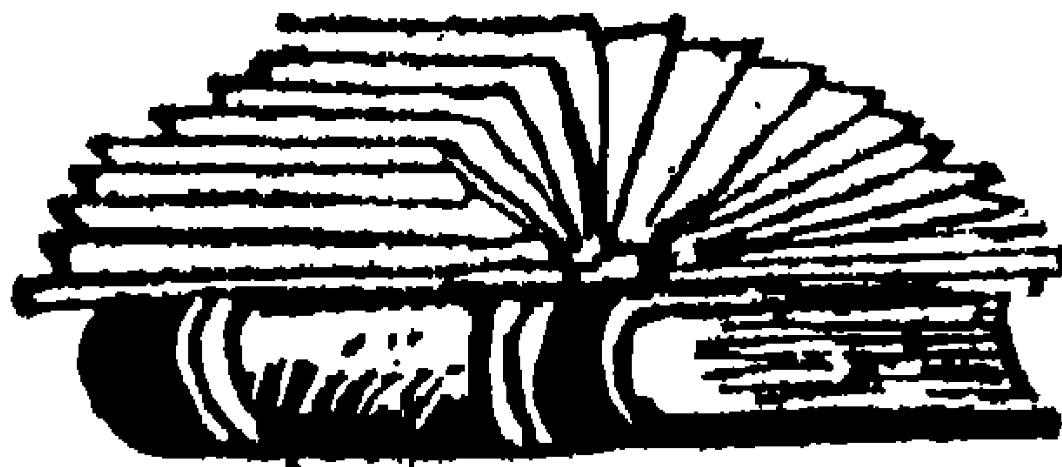
ولايشترط أن تستند هذه المصلحة الى حق اعتدى عليه أو يكون مهدداً بالاعتداء عليه بخلاف الدعاوى العادية اذ يشترط أن تستند المصلحة فيها الى حق اعتدى عليه فعلا أو أن يكون مهددا بالاعتداء عليه وهو ما يميز المصلحة فى دعوى الالغاء عن الدعاوى المدنية والتجارية أن دعوى التعويض عن قرار معيب يكتفى القضاء الإدارى لحكم بوجود المصلحة فى دعوى الإلغاء أن تكون للمدعى فيها مجرد فائدة مادية أو معنوية بطلب الغاء قرار ادارى ما إلا أنه يتشدد فى قبول طلب التعويض عن القرار نفسه ويتطلب أن يكون المدعى صاحب حق أضر به هذا القرار وفى دعاوى العقود الاداريــة ودعاوى التعويض الأخرى لايختلف مفهوم المصلحة عن الدعاوى المدني والتجارية .

والقاضى الإدارى فى هذه الدعاوى أكثر اتجاهاً منه فى غيرها نحو التقيد بالإجراءات المدنية كلما افتقد النصوص الإدارية الملزمة وهو أكثر اهتماماً بمواقف الخصوم وأكثر رعاية لقواعد الاثبات المدنية وسماعاً لإيضاحات الطرفين المتنازعين ولهذا كانت المصلحة فى المنازعات المذكورة محدودة بالحق المالى الذى يدعى به ويستطاع اثباته وأما الحقوق التى لم تتكامل عناصرها لتصبح قابلة للتعيين أو للتقدير بمبلغ من المال فلا تدخل فى مفهوم المصلحة فى مجال القانون العام(١٦) .

ومن ثم يبين التميز الواضح للمصلحة فى دعوى الإلغاء عن غيرها من الدعاوى .

هـــــــوامش

(١) د . عدنان الخطيب الإجراءات الإدارية ص ١٥١ :
(٢) مبادىء المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢ .
(٣) مبادىء المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٦٩١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٦ .
(٤) القضاء الإدارى د . سليمان الطماوى ص ٥٣٨ .
(٥) القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة د . محسن خليل ص ٦٧٠ .
(٦) القضية رقم ١٧١٦ لسنة ٧ ق مجموعة المبادىء القانونية ص ٢٤٣ .
(٧) القضية رقم ٦٦٤ لسنة ق مجموعة المبادىء القانونية ص ٤٣١ .
(٨) الطعن رقم ١٣٢٣ لسنة ٧ ق مجموعة مبادىء القضاء الإدارى سنة ٩ ص ٣٩٠ .
(٩) القضاء الإدارى د . مصطفى أبو زيد فهمى ص ٣٠٢ - ٣٠٤ .
(١٠) الطعن رقم ١١٢ لسنة ٦ ق مجموعة مبادىء القضاء الإدارى سنة ٩ ص ١٠٢ ، طعن رقم ٢٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٤/١/٢٠ .
(١١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٢١١ لسنة ١ ق .
(١٢) قانون القضاء المدنى د . فتحى والى ص ٦٩ .
(١٣) القضاء الإدارى د . سليمان الطماوى ص ٥٢٤ .
(١٤) الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٣ ق س ٤ ص ٣٧٩ .
(١٥) طعن ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ محكمة القضاء الإدارى السنة ١١ ص ٢٧ .
(١٦) حكم محكمة القضاء الإدارى ١٩٤٧/٥/٢٠ السنة الأولى ص ٣٠٤ .



الشروع فى الجريمة
البدء فى التنفيذ

للسيد الأستاذ / عبد العاطى عبد المقصود بدر حماد
المحامى

فكرة عامة :

الشارع ينص على كل جريمة موضحا العمل المادى المكون لركنها الواقعى فاذا ما أتى الجانى تصرفا منطبقا على صورة الجريمة كما عرفها القانون عد مرتكبها للجريمة فى اكمل صورة ولكن الشارع يعمل فوق هذا حسابا للصورة أو الصور التى لا يصل فيها الجانى بنشاطه الى حد تنفيذ الجريمة تنفيذا كاملا ذلك لان ارتكاب الجريمة ذات النتيجة قد يتطلب بضع مراحل منذ بدء التفكير فيها حتى تمام تنفيذها وقد تتدخل بعض العوامل أو الظروف التى تحول بينه وبين تحقيق مأربه فلا تتم الجريمة ولا تتحقق أثارها التى يتطلبها المشرع وعندئذ يقال أن الجريمة فى مرحلة الشروع فالشروع مرحلة من مراحل الجريمة لاحقه على التحضير لها وسابقة على تمامها بمعنى انها تشغل حيزا ذا حدين الادنى منها هو القدر اللازم من السلوك الذى يسمح بدخول الجريمة فى مرحلة الشروع أما الأقصى فهو الذى يستلزم انتفاء النتيجة بمعناها المادى . فالمشروع الاجرامى لا ينفذ دفعة واحدة انما يسبق التنفيذ عاده مراحل تمر بها الجريمة . واذا كانت الجريمة تتابع فيها خطوات الجانى بافعال منها ما يوصف بأنه عمل تحضيرى ومنها مايوصف بأنها بدء فى التنفيذ فكيف نفرق بين هذين النوعين من الأعمال ؟ وهل هناك ضابط يعين الحد بينهما ؟

المدرسة الكلاسية الأولى بزعامة بكاريا أجابت على هذا السؤال بأنه تأسيسا على مبدأ مادية الواقعة الاجرامية لاعقاب الا على الأفعال أى أوجه النشاط المادى ومن ثم فلا تجريم لمجرد النوايا الاجرامية وتأسيسا على مبدأ المصلحة أو المنفعة فى التجريم والعقاب فان التناسب أمر لازم بين مقدار العقاب ومقدار الضرر الناشىء عن الواقعة الاجرامية ومن ثم فانه لا عقاب على الاعمال التحضيرية التى لا تحدث ضررا وكذلك فان الاعمال التى تعتبر شروط فى الجريمة لانها تمثل بدءا فى تنفيذها يجب ان يقل عقابها عن عقاب الجريمة التى تم نفاذها .

وقد ثبت المدونة العقابية النابليونية كل هذه المبادىء والنتائج .

ويتضح من ذلك أن «البدء فى التنفيذ» هو الحد الفاصل بين الاباحة والتجريم وتحديد مدلوله يقتضى تناول مراحل الجريمة حيث لابد من تتبعها لنتبين مظاهر الخطر فى اطوارها المختلفة وموقف المشرع منها ومراحل الجريمة فى التفكير فيها والتصميم عليها ثم التحضير لها ثم البدء فى تنفيذها . واستقراء مراحل الجريمة يقتضى منا اولا بيان تعريف الشروع وعلة العقاب عليه ثم

بيان الشروع فى الشريعة الاسلامية .

ولما كان موضوع بحثنا فى «البدء فى التنفيذ» يتناول موقف الفقه والقضاء من معيار البدء فى التنفيذ لذلك فاننا سنقتصر ببيان الشروع ومراحل الجريمة السابقة على البدء فى التنفيذ بايجاز فى مقدمة البحث ثم نتناول فى الباب الاول البدء فى التنفيذ وفقا للمذهب المادى حيث نتناول فى الفصل الأول مضمون المذهب وفى الفصل الثانى تقييم المذهب وفى الباب الثانى نتناول البدء فى التنفيذ وفقا للمذهب الشخصى ويتضمن الفصل الاول مضمون المذهب والفصل الثانى تقييمه وفى الباب الثالث نتناول موقف القضاء حيث يتضمن الفصل الأول موقف القضاء المصرى وفى الفصل الثانى موقف القضاء الفرنسى .

ثم نختتم البحث بخلاصة عامة نتناول الرأى الذى نرجحه فى موضوع بحثنا ..

مقدمة

تعريف الشروع :

عرفت غالبية القوانين الجنائية الشروع بأنه البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جريمة فاشترطت بذلك لتوافره أن يكون فعل الجانى هو بدءا فى التنفيذ ولكن هذه القوانين لم تبين ماهو المقصود بهذه العبارة ولم تحدد صراحة أو ضمنا الفعل الذى به يتوافر البدء فى التنفيذ . وقد سلك هذا الاتجاه المشرع المصرى الذى عرف الشروع فى المادة ٤٥ من قانون العقوبات بانه «الشروع هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة اذا أوقف أو خاب أثره لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها» ولم يحدد ماهية البدء فى التنفيذ حتى يمكن التمييز بين الاعمال التنفيذية والاعمال التحضيرية .

علة العقاب على الشروع :

ان الغرض فى حالة الشروع هو ان هناك واقعة مادية مسنده الى شخص «متهم» وأنه ثابت أن المتهم بهذه الواقعة كان متعمدا ارتكاب جريمة محدده ولكنه لم يبلغ غايته منها حيث لم تقع النتيجة الاجرامية التى ينصب عليها التجريم والعقاب والتى يتمثل فيها فعل الاعتداء وهو علة العقاب على الجريمة التامة .

ولذلك يقوم تجريم الشروع على علة أخرى هى حماية الحق من الخطر الذى يهدده فالافعال التى يقوم بها الشروع من شأنها احداث الاعتداء ولدى مرتكبها فيه احداثه . والحماية الكاملة للحق مقتضية وقايته من كل صور الاعتداء . ويعد تجريم الشروع والعقاب عليه نوعا من التوسع فى المسئولية الجنائية وخروجا على القواعد العامة لان الشروع يفترض تخلف النتيجة الاجرامية وهى احد عناصر الجريمة وكان ذلك مقتضيا عدم توقيع العقاب .

الشروع فى الشريعة الاسلامية :

لاتعاقب الشريعة الاسلامية على الشروع فى ارتكاب الجرائم الا اذا كون جريمة قائمة بذاتها فالشروع فى جنايات الحدود لا يعتبر جريمة تستوجب الحد الا أن ذلك لا يعنى أن تظل هذه الاعمال بمنأى عن العقاب فجنايات الحدود والقصاص جميعا تامة وان الشروع فيها لا يعاقب عليه بحد أو قصاص وانما يصح ان يكون جريمة تعزيرية تامة ولكن فقهاء الشريعة الاسلامية لم

يتعرضوا لذكر الشروع في الجريمة وبالتالى لا يوجد بالشريعة الاسلامية نص صريح بالعقاب عليه .

مراحل الجريمة التى لا يعاقب القانون عليها :-

أولا : مرحلة التفكير فى الجريمة والتصميم عليها :-

من مبادىء الحرية الفردية أن يترك الشارع الافراد وشأنهم فيما يفكرون أو يعتقدون فلا يتدخل بالعقاب على مايدور فى الأذهان او يجيش بالصدور من الافكار او الاحساسات مادام ذلك لم يتخذ وسيلة الى الحيز الخارجى فى صورة ضارة . فهذه مرحلة نفسية للجريمة اذ الجريمة محض فكرة أو مجرد ارادة تظل داخل المحيط العقلى ولا عقاب على هذه المرحلة ولو ثبت التفكير على نحو لاشك فيه وقد صرح الشارع بذلك فقضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون العقوبات انه لا يعد شروعا فى الجناية او الجنحة مجرد العزم على ارتكابها او الاعمال التحضيرية لذلك والعلة فى عدم العقاب واضحة .

ان كل صور الجريمة ولو كانت مجرد شروع تتطلب ركنا ماديا ويقتضى هذا الركن فعلا والفعل يقوم على حركة عضوية ولا وجود لذلك حينما تكون الجريمة محض فكرة او مجرد ارادة . وبالاضافة الى ذلك فان عدم العقاب على هذه المرحلة تشجيع على العدول عن تنفيذ الجريمة حتى لا يكون العقاب على مجرد النية حافزا على الاسراع فى تنفيذها ذلك لان كل ما يفكر فيه الانسان او يعقد العزم عليه ليس مآله حتما الى التنفيذ .

كذلك ان الجريمة فى مرحلة التفكير دفينة بالنفس خافية عن الناس ولذلك فان العقاب على هذه المرحلة يعتبر لغوا لا فائدة منه وبالاضافة الى ذلك اذا كان الجانى يتمتع بالاعفاء المقرر قانونا فى حالة العدول عن الجريمة بعد البدء فى التنفيذ فانه يتمتع من باب أولى اذا عنها وهى لا تزال فى مرحلة التفكير .

ولكن اذا لجأ الجانى الى التعبير عن افكاره وتتضمن هذا التعبير خطرا على المجتمع فان المشرع يتدخل بالعقاب لان الجانى لم يقف عند مرحلة التفكير او التصميم بل جاوزها الى مرحلة التنفيذ الكامل ومثال ذلك التحريض وجريمة الاتفاق الجنائى وجريمة التهديد . ولا يعاقب الشارع على هذه الافعال باعتبارها شروط ولكن يعاقب عليها كجرائم مستقلة قائمة بذاتها مادام ركنها المادى لا يزيد على مجرد فعل أو حركة او قول اما ان يقع دفعة واحدة فيتم تنفيذ الجريمة اما ان لا يقع فلا جريمة على الاطلاق فالركن المادى فى هذه الجرائم يتمثل فى خطوة واحدة منها بداية الجريمة ونهايتها فان خطاها الجانى فقد تمت الجريمة وان لم يخطها فلا شىء على الاطلاق يصح اعتباره شروعا .

ثانيا : مرحلة التحضير للجريمة :

تتخذ هذه المرحلة ثوبا ماديا يختلف عن الثوب الذى تتخذه مرحلة التفكير فهذه المرحلة تقتضى من الجانى مباشرة اعمال مادية للاستعداد نحو تنفيذ الجريمة والتحضير لها واعداد مايلزم لها .

ومن قبيل الاستعداد للجريمة ممارسة الجانى لبعض التدريبات التى تزيد من مهارته فى ارتكاب الجريمة اما الاعداد للجريمة فيقصد به

كافة اعمال التحضير المادى وتتضمن قيام الجانى بتجهيز وسائل تنفيذ الجريمة كشراء السلاح أو تجهيز المادة السامة .

وتشمل الاعمال التحضيرية كذلك كل فعل يضع به الجانى نفسه فى الموضع الذى يمكنه من الاقدام بعد ذلك على تنفيذ الجريمة كاتخاذه مكانا فى عربة النقل العام لسرقة بعض مستقليها . والقاعدة الا عقاب على هذه الافعال وقد صرح بذلك المشرع المصرى فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون العقوبات وعلة ذلك : ان الاعمال التحضيرية لا ترتبط بالجريمة الا برابطة فكرية فى ذهن الجانى وهى رابطة غير ظاهرة . كما انها اعمال مبهمة تحتمل اكثر من تأويل ولذلك لا تفصح بوضوح عن قصد الجانى فشراء سلاح قد يدل على اتجاه الى جريمة ولكنه قد يدل على اتجاه الى استعماله فى الدفاع عن النفس كذلك ان الاعمال التحضيرية لا تدل على عزم الجانى عزم نهائى على ارتكاب الجريمة فهى اعمال بعيدة عن ارتكاب الجريمة كما انها بمثابة الشروع فى البدء فى التنفيذ فيكون العقاب عليها فى الواقع عقاب على الشروع فى الشروع وهذا امر غير جائز قانونا . وبالاضافة الى ذلك ان من باب حسن السياسة عدم العقاب عليها حتى يحث من يفكر فى ارتكاب الجريمة واخذ يعد لها العدة على عدم المضى فى مشروعه الاجرامى لأنه اذا كان العقاب يتهدده حتى فى حالة التحضير للجريمة لما وجد ما يغريه بالعدول عنها . كما أن العمل التحضيرى لا ينطوى على خطر يهدده وحق أو مصلحة .

وحيث يرى المشرع ان عملا من هذه الاعمال يهدد حق او مصلحة ويتضمن خطر بالمجتمع يتدخل بالعقاب عليها ليس بوصفها شروع فى الجريمة ولكن باعتباره جريمة قائمة بذاتها مثال ذلك تجريم حيازة السلاح بدون ترخيص وتقليد المفاتيح .

وخلاصة ذلك ان المشرع المصرى اباح الاعمال التحضيرية كقاعدة عامة مع العقاب على الاعمال الخطرة منها بنصوص خاصة كذلك لا يعتبر الشارع المصرى الفعل مشروع الا اذا كان بدء فى تنفيذ فعل .

الا ان هذه العبارة فتحت الباب واسعا للاجتهادات الفقهية - المدرسية منها والقضائية - بغرض تحديد مدلولها .

وهكذا ألقى المشرع على عاتقه الفقه عبء ايجاد ضابط التفرقة بين مايعد من الافعال بدءا فى تنفيذ الجريمة أى شروط وما يعد عملا تحضيريا وصعوبة ألتمييز راجعة الى ان الافعال فى حالتى التحضير للجريمة والبدء فى تنفيذها من قبيل الاعمال المادية أو المظاهر الخارجية فكيف اذن يكون التمييز بينهما ؟

مثال : حالة ضبط النشال ويده فى صدر المجنى عليه يمسك حافظة نقوده .

ومن يضرب ببندقيته على آخر بقصد قتله . أو يضع سلما على حائط جاره .

فهذه الافعال تتراوح بين اعمال التحضير واعمال البدء فى التنفيذ ولا يمكن الجزم فيها بغير ضابط . وقد وجدت فى الفقه عدة ضوابط يمكن ردها الى مذهبين :

الأول : موضوعى وينادى به الفقه الألمانى منذ القرن التاسع عشر .

الثانى : شخص وينادى به الفقه الايطالى للمدرسة الوضعية .

الباب الأول
البدء في التنفيذ , فقا للمذهب الموضوعي

تقسيم :

ينادى بهذا المذهب الفقه الألمانى منذ القرن التاسع عشر ويرى ان العقوبة هى جزاء الاضطراب الاجتماعى الذى احدثه الجانى مما مقتضاه ارتكاب الجانى افعالا مادية تحدث هذا الاضطراب .

وسوف نتناول فى الفصل الأول مضمون المذهب الموضوعى ثم نتناول فى الفصل الثانى تقييم المذهب بالشرح والتفصيل .

الفصل الأول
مضمون المذهب الموضوعى

أوحت النظرية التقليدية الى انصارها من شارحى نصوص المدونة النابليونية والمدونات التى نقلت عنها بضابط أو معيار مادى يقوم على ان العامل المهم فى الجريمة هو الفعل المادى الذى يرتكب وما يترتب عليه من ضرر

ويعتبرون ان الضرر هو المحور الرئيسى الذى تدور حوله سياسة المشرع فى التجريم والعقاب فالعدالة فى تقديرهم لاتوجب عقاب الجانى الا اذا ارتكب افعال مادية تؤدى الى الاضرار بالمصالح والحقوق الذى يحميها القانون وعلى قدر الضرر يتحدد كم العقاب فاذا انعدم نهائيا فلا يكون ثمة وجه للعقاب على الاطلاق .

ويبررون ذلك بالخطر الناجم عن فعل الجريمة لما يترتب عليه من اضطراب فى أمن المجتمع فالضرر والخطر يبرران عقاب الجانى ولذلك يتطلبون للبدء فى تنفيذ الجريمة افعالا خطرة ذاتها وللمتهم اختلفوا فى صياغة معيار يعبر عن وجهة نظرهم فأدلوا بعدة أراء نجهل أهمها فميا يلى :-

أولا : ان النشاط الارادى للمتهم – العمل – لا يكون من قبيل البدء فى الا اذا مثل جزءا ولو ضئيلا من التنفيذ لمادية الجريمة .

بمعنى آخر أن الفعل لا يدخل فى دائرة التنفيذ الا اذا اصاب به الفاعل الركن المادى فى الجريمة كما عرفه القانون .

وتطبيق هذا الرأى يقتضى تحديد الفعل الذى ينص عليه القانون فى تعريفه جريمة معينة والتحقق من أن الجانى قد بدأ فى ارتكاب هذا الفعل فهو اذن لا يتطلب غير الرجوع الى نص القانون وتعيين الفعل الذى يجرمه والتحقق من بدء الجانى فيه ، فالشروع فى القتل لا يقوم الا اذا بدأ الجانى فى ارتكاب فعل الاعتداء على الحياه ، والشروع فى السرقه لا محل له الا اذا ، بدأ الجانى فى اتيان فعل الاختلاس لان من اركان السرقة كما عرفها القانون اختلاس المال وهو ذلك الفعل المادى الذى ينتقل به الشيء من حيازة مالكه الى حيازة سارقة وعلى ذلك لا يكون سعى المتهم مشروع الا اذا كان قد بدأ فى تنفيذ هذا الفعل ذاته ، كأن يضبط وهو مازال يمد يده الى المال ليختلسه .

بناء على ذلك يمكن تمييز اعمال البدء فى التنفيذ عن الاعمال التحضيرية لان الاخيرة خلاف الاولى ليست من الافعال المكونه للجريمة وانما هى افعال سابقة لها ،

ويوضح فى ذلك بان الفعل التحضيرى ليس فيه من الجريمة وليس جزء منها بل هو خارج عنها ولايوجد هناك ارتباط ضرورى بينهما اما الفعل التنفيذى فهو بدء الجريمة وجزء مكمل لها ولا يمكن فصله عنها فاذا ما أخذت الجريمة - التى كان ينوى الفاعل ارتكابها - فى مجموعها بحسب تعريفها القانونى وتساءلت عما اذا كان الفعل المذكور جزءا منها فاذا كان الجواب بالايجاب فالفعل تنفيذى واذا كان بالسلب فالفعل تحضيرى .

ويقول مولينيه ان الافعال التى تعد بدءا فى تنفيذ الجريمة هى التى تكونها وتنشأها وتدخل فى تعريفها القانونى حين أن الأفعال التى تسبق الجريمة وتسهل تنفيذها تعد تحضيرية لانها لا تكون الافعال المادية ولا تدخل ضمن تعويضها القانونى ، فدخول المكان المراد سرقته يعد عمل تحضيرى اما اطلاق العيار النارى على المجنى عليه يعد بدء فى التنفيذ . واذا كان الركن المادى للجريمة يتكون من عدة افعال فان البدء فى تنفيذ أحد هذه الأفعال يعد بدء فى تنفيذ الجريمة وتطبيقا على ذلك فان وضع الجانى يده على الشيء المراد سرقته يعد بدء فى تنفيذ جريمة السرقة ، أما إذا كانت الجريمة التى شرع الجانى فى ارتكابها تتكون من فعل واحد فانه يلزم البدء فى تنفيذ ذلك الفعل حتى يتوافر الركن المادى للمشروع .

ثانيا :

لاحظ بعض انصار النظرية التقليدية ضيق مذهبهم عن استيعاب كثير من حالات الشروع فارادوا التوسع فى نطاق الشروع حتى لا تفلت من العقاب افعال خطرة وكذلك تجنب النقد الموجه الى المعيار السابق فتحولوا الى معيار ثانى خلاصته ان البدء فى التنفيذ يشمل - بالاضافة الى البدء فى تنفيذ فعل يقوم عليه الركن المادى للجريمة - كل فعل يعد ظرف مشددا لها ، وعلى هذا النحو يعد التسور او الكسر من الخارج بدءا فى تنفيذ السرقة باعتبارهما ظرفين مشددين لها ، فاذا ضبط الجانى وهو يعالج قفل غرفة بمفتاح مصطنع لفتحه أو يكسر سور المكان الذى به الشيء المراد سرقته أو يتسور منزلا للسرقة فاستعمال المفتاح المصطنع أو كسر السور وتسور الجدار كل هذه ظروف مشددة لها فتعد هذه الافعال بدء فى تنفيذ جريمة السرقة .

كذلك يعد شارعا فى قتل عند الترصد للمجنى عليه فى مكان ظاهر أو مستتر لان الترصد ظرف مشدد فيه ، ويعد شارعا فى اتلاف زراعة عمدا نزول الجناه الى زراعة المجنى عليه لاتلافها حاملين اسلحة ولو لم يبدأ الاتلاف لا فعلا لان حمل السلاح ظرف مشدد فى هذه الجريمة .

ويقول جادو أن الشخص اذا دخل منزل آخر بواسطة التسلق والكسر وضبط قبل أن يمد يده لشيء على القاضى أن يتحقق من قصده فاذا ظهر له ان الفاعل كان يقصد السرقة عده مرتكبا لجريمة الشروع فيها .

وقد لاقى هذا الرأى فى بادىء الأمر ترحيبا من الكثير واخذت به كثير من المحاكم ، وقد أشارت تعليمات الخفائية بأن التسلق والكسر بدء فى التنفيذ لا أفعال تحضيرية اذا أمكن اثبات قصد السرقة . واشارت بهذا الرأى أيضا تعليمات النيابة العامة فى المادة ١٩٦ التى قررت أن

تسور الجدار او نقب الحائط هما ابتداء تنفيذ السرقة وبدون ايهما لا يتمكن الفاعل فى الغالب من اتمام غرضه فمن يضبط فى حالة تسور أو وهو ينقب جدار يعتبر شارعا فى السرقة اذا تحقق ان قصده كان السرقة ويعلم ذلك القصد من قرائن الاحوال كأن يكون الجدار المثقوب بمخزن بضاعة أو غير ذلك .

ثالثا :

تحول انصار المذهب الموضوعى الى معيار ثالث فقالوا ان الفعل يعد تحضيريا اذا كان قابلا للتأويل فى مرماه بحيث يصح أن يكون مقصودا تحقيق غرض برىء كما يصح أن يكون لغرض اجرامى كشراء السلاح او حمله وبحيث اذا دل على غرض اجرامى فلا يحدد جريمة معينة بالذات يراد ارتكابها كدخول منزل الغير ، أما الفعل التنفيذى فهو الذى لا يحتمل الا تأويلا واحدا فيكشف عن نية اجرامية معينة كتصويب السلاح الى المجنى عليه - بمعنى آخر أن الفعل التنفيذى هو الفعل الواضح الدلالة على النية الاجرامية فهو لا يحتمل غير دلالة واحدة هى الدلالة على الاتجاه الى جريمة معينة اما العمل التحضيرى فهو الذى يحتمل التأويل على وجوه مختلفة ويشبه تيرنر الشروع فى الجريمة بالفيلم السينمائى الذى يتوقف فجأة قبل ان تنتهى سرد القصة فاذا امكن للمشاهدين أن يتبينوا بوضوح النهاية التى كان البطل (الجانى) يسعى اليها فان افعاله تكون بدء فى التنفيذ ، اما اذا لم يتبينوها وكان للفيلم أكثر من نهاية مختلفة فأفعاله تكون فى نطاق الاعمال التحضيرية .

رابعا :

يقول بعض انصار المذهب الموضوعى أن الفعل يعد بدءا فى التنفيذ اذا كان سببا فى وجود الواقعة وليس مجرد ظرف فيها ويتحقق ذلك اذا ارتبط الفعل من الناحية المادية بالنتيجة وتوافرت له القدرة على احداث النتيجة وعلى ذلك فالافعال التى تكون سبب للنتيجة وضرورية لاحداثها هى بدء فى التنفيذ اما - الافعال التى تعد ظرف لها فانها اعمال تحضيرية ولا عقاب عليها لان وجودها ليست أمرا جوهريا فى حدوث النتيجة مثل واقعة شراء السلاح بمعنى آخر ان العمل الذى أتاه الجانى منطويا فى ذاته على احتمال حدوث النتيجة ويتمثل فى الخطر الذى يشتمل عليه هذا العمل أى اتجاه نحو احداث النتيجة .

الفصل الثانى
تقييم المذهب الموضوعى

القاعدة التى يضعها هذا المذهب هى مقياس واضح لا تعتريه الشبهة وتتميز بسهولة التطبيق ، إذ تعتمد على ضوابط محددة لا تدع مجالا كبيرا للسلطة التقديرية للقاضى ، وواضح أن هذه الضوابط على الرغم من اختلاف صياغتها انها تشترك جميعا فى معنى واحد هو الاعتماد على ماديات الجريمة لا على مجرد الارادة الاجرامية كما يتوقف على قدر خطورة الفعل لايقدر خطورة الفاعل ، الا أن هذا المذهب قد تعرض للكثير من الانتقادات نجملها فيما يلى :

اولا :

القول بأن البدء فى التنفيذ هو ارتكاب فعل داخل فى تكوين الركن المادى للجريمة مردود عليه بأنه ضيق متزمت فى غير موجب ، اذ يخرج

كافة الافعال التى لا تتصل بالجريمة عن نطاق الافعال المعاقب عليها كشروع ، ومن جهة أخرى يؤدى تطبيق هذا المذهب الى اغفال مصالح المجتمع حيث يكشف الفعل المرتكب عن نية اجرامية ظاهرة وشخصية خطرة ومع ذلك فلا يمتد العقاب اليها ، فضبط شخص داخل منزل بعد أن فتح الدولاب بقصد السرقة محتوياته لا يكفى لاعتباره شارعا فى جريمة سرقة لانه لم يبدأ بعد فعل الاختلاس ، ومجرد تصويب السلاح على المجنى عليه فى القتل يعد من قبيل الاعمال التحضيرية طبقا لهذا المذهب فتفسيره الشيق لمعنى البدء فى التنفيذ يفوق الغاية من القانون العقابى فضلا عن انه يتعارض مع مقتضيات الدفاع الاجتماعى لانه يؤدى الى افلات الجانى فى كثير من الاحيان رغم اتيانه اعمالا لاشك فى دلالتها على المعنى الايجابى نحو تحقيق الجريمة التى بينها .

ان انصار المذهب المادى قد جانبهم التوفيق فى تفسير المقصود بالبدء فى التنفيذ على نحو ما أراده المشرع لانه لا يقصد بعبارة البدء فى التنفيذ البدء فى الجريمة ذاتها لان اعمال البدء فى التنفيذ شيء والبدء فى تنفيذ الجريمة شيء آخر ولو أن المشرع اراد هذا المعنى الاخير لما كان هناك صعوبة على الاطلاق فى أن ينص صراحة على ذلك ولكنه اراد معنى آخر هو اشتراط وقوع فعل خارجى يعد بدءا فى تنفيذ الجريمة التى قصدها الجانى .

وينتقد بيسون هذا المعيار بقوله ان الجريمة التامة والمشروع مختلفان من حيث الموضوع وأن كلا منهما يستلزم وقائع مادية متميزة عما تستلزمه الاخرى فمن غير المقبول ان نشترط ان تكون افعال الشروع جزءا من الأفعال المكونة للجريمة التامة . كذلك ان تطبيق هذا المعيار المادى من شأنه تعطيل نصوص الدفاع الشرعى لأنه يضيق من نطاق الفعل الذى يكون جريمة فتصويب بندقية نحو شخص يعد اعتداء يبيح له الدفاع الشرعى ولكن كيف نبيح للمعتدى أن يدفع فعل الاعتداء الذى أتاه الجانى فى الوقت الذى يكون فيه فعل الاعتداء - تصويب البندقية - مباحا لاعقاب عليه ، فهذا المعيار يؤدى الى تناقض بين احكام القانون .

ثانيا :

القول بأن ارتكاب أحد الظروف المشددة فى الجريمة يعد بدأ فى تنفيذها هو قول محل نظر لان بعض الجرائم ليست لها ظروف مشددة كالنصب وبعض الظروف المشددة لا يتصور تطبيق هذا الرأى عليها كالليل أو تعدد الجناه بالنسبة للسرقة ، أو حمل السارق سلاحا أو وجوه خلف باب مسكن بعيدا عن مكان المسروقات ، كما أنه يؤدى الى التفرقة بين الجرائم اذ يتبين عليه أن من يتسور مكان السرقة يعد شارعا بينما لا يعد شارعا فى القتل من يتسور المكان فيصل الى المجنى عليه ويصوب اليه سلاحه لان التسور ليس ظرف مشددا فى القتل .

ان المنطق القانونى لا يقبل القول - وفقا لهذا الرأى - بأن الفعل الذى يعد عملا تحضيريا للسرقة اذا ارتكب نهارا يصير بدءا فى تنفيذها ان ارتكب ليلا . كذلك ان الفعل الذى يعد عمل تحضيرى للسرقة اذا ارتكبه شخص عادى يصير بدءا فى تنفيذها ان ارتكبه خادم لأن من الظروف المشددة التى ترجع الى صفة

الجانى فى السرقة صفة الخادم .

ثالثا :

القول بأن الفعل يعد تحضيريا اذا كان قابلا للتأويل فى مرماه ويعد تنفيذى اذا كان لا يحتمل الا تأويلا واحدا . هو مقياس بدوره معيب فاذا أريد تطبيقه بالدقة التى يستلزمها فلا يعتبر من الاعمال التنفيذية الا الاعمال المكونة لمادة الجريمة أو لجزء منها كاختلاس المال فى السرقة واشعال النار فى الحريق فهى وجدهما التى تبين بذاتها قصد المجرم على وجه التحديد اما الأعمال الاخرى السابقة عليها فلا يمكن أن تدل بذاتها على نية اجرامية معينة ما لم يقترن بحثها ببحث ظروف أخرى خارجة عن هذه الاعمال أو متصلة بالفاعل نفسه وهو معيار يبعد عن الصواب فمن المسلم به ان كسر الخزانة أو ادخال اليد فى جيب آخر على غرة منه يعتبر شروعا في السرقة وكلاهما عمل قابل للتأويل فقد يكون بقصد السرقة أو الاطلاع على سر مكتوب . فمن النادر أن تكون للفعل دلالة واحدة فتسور المسكن قد يدل على اتجاه الى السرقة وقد يدل على اتجاه الى الاتلاف ، ووضع اليد في ملابس أمرأة قد يدل على اتجاه الى السرقة وقد يدل على اتجاه الى المساس بعورات جسمها ، ويعنى ذلك أنه من الصعب طبقا لهذا الرأى اعتبار أى فعل بدءا فى تنفيذ جريمة معينة .

رابعا :

يتضح خطأ وعدم صلاحية هذا المعيار القائل بأن الفعل يعد بدءا فى التنفيذ اذا كان سبب فى وجود الواقعة وليس مجرد ظرف لاحداث النتيجة فالفعل لا يكون سبب للنتيجة الا اذا ارتبط بها برابطة دائمة بحيث أن وجود أحدهما او انعدامه يستتبع بالضرورة وجود الآخر او انعدامه وبالتالى حين تتخلف النتيجة فى جميع أحوال الشروع يتخلف بالضرورة الفعل الذى يصلح أن يكون سبب للنتيجة والا كيف يكون هناك علاقة سببية بين شيئين ويوجد احدهما بالرغم من تخلف الآخر فمثل هذه العلاقة لا تعدو ان تكون علاقة تصويرية ولا توجد الا فى ذهن الجاني ومخيلته دون أن يكون لها ظل فى الواقع ، كما انه من غير المستساغ ان يكون التمييز بين الإفعال تبعا لمدى أهميتها فى تحقيق النتيجة فواقعة شراء السلاح لارتكاب جريمة قتل ضرورى للفشل وتخلفه يترتب عليه عدم تحقق النتيجة فهل معنى ذلك ان هذه الواقعة – شراء السلاح – يعد شروعا فى قتل .

كما أن احتمالات احداث النتيجة لا يجوز تقديرها من مجرد الفعل ذاته بل يجب مراعاة الظروف المحيطة به .

هكذا نتبين ان النظرية المادية لم تنجح على أية صورة فى صياغة معيار أو ضابط أو مقياس يفصح عن ارادة المشرع فى هذا الصدد .

الباب الثانى
البدء فى التنفيذ وفقا للمذهب الشخصى

تقسيم :

ينظر المذهب الشخصى – الذى خلفته المدرسة الوضعية الايطالية فى مجال الفقه الجنائي – الى ارادة الجانى الاجرامية ومدى دلالة الفعل المرتكب عليها ، وسوف نعرض بالشرح والتفصيل مضمون المذهب الشخصى حيث نتناول المعايير التى قالوا بها ، فى الفصل الأول ثم

نتناول تقييم المذهب في الفصل الثاني .

الفصل الأول
مضمون المذهب الشخصي

يعتمد المذهب الشخصي على النظرية الوضعية الايطالية التي ترى ان مركز الثقل هذا في قانون العقوبات هو المجرم لا الجريمة ولذلك لا يعتمد هذا المذهب على ماديات النشاط الاجرامي ولا على ما ينطوي عليه الفعل من خطورة كالمذهب المادي فالافعال المادية ليست لها طبيعة قانونية مطلقة بل هي تدور بين الاباحة والتجريم تبعا لقصد الجاني فاطلاق عيار ناري للصيد يكون مباحا في حين أنه يعتبر جريمة اذا قصد به ازهاق روح انسان حي فالقصد الجنائي هو الذي يحدد حكم الافعال من الاباحة أو التجريم كما أن الخطر ليس كامنا في ذات الافعال المادية التي ارتكبها الجاني لان هذه الافعال قد وقعت وانتهت وانما مصدره هو الادارة المجرمة التي سبق أن اتجهت نحو الجريمة والتي ان تركت وشأنها ستتجه حتما الى ارتكاب جرائم اخرى ان وجود هذه الارادة تستوجب تدخل المشرع بالعقاب ليحول بينها وبين الانزلاق مستقبلا في هوة الجرائم وبذلك يتحقق الدفاع الاجتماعي الذي يهدف اليه أنصار هذا المذهب . واذا كان الشروع يستلزم قيام الجاني بارتكاب افعال مادية فليس ذلك راجعا لاهمية هذه الأفعال في ذاتها وانما لكونها ضرورية ولازمة لاثبات توافر الادارة - الاجرامية فالجريمة ليست مجرد واقعة مادية وانما هي اولا مظهر لسلوك شخصي آدمي فالبحث عن النية الاجرامية للجاني مستمد من دلالة الفعل الذي ارتكبه او بالاستعانة بظروف أخرى مع هذا الفعل فاذا تسلق شخص منزل أو فتح بابه بمفتاح مصطنع وجب أن نبحث عن الغرض الذي اتجهت اليه ارادة الجاني لا عن الخطر الذي ينبعث من هذا الفعل ويستعان في هذا البحث عن النية الاجرامية للجاني بكافة ظروفه كسوابقه أو علاقته بالمجني عليه أو أنواع الأسلحة التي يحملها فلا يلزم اذن أن يكون الفعل ناطقا في حد ذاته من الناحية المادية بعزم الجاني وانما يكفي استخلاص نية الجاني من هذا الفعل على ضوء كافة الظروف المحيطة به وتفريعا على ذلك نعرض الضوابط أو المقاييس التي قال بها أنصار المذهب الشخصي لتحديد الافعال التي تعد بدءا في التنفيذ .

اولا :

افضل المعايير التي وضعها أنصار المذهب الشخصي هو ذلك المعيار الذي وضعه «جادو» فيرى أن الجاني يبدأ في التنفيذ اذا أتى عملا من شأنه في نظر الجاني أن يؤدي حالا ومباشرة الى النتيجة المقصودة .

وهو تعبير رددته محكمة النقض الفرنسية في بعض احكامها كما استعارته محكمتنا العليا كما أخذ به القانون البولوني في المادة ٢٣ .

ثانيا :

يرى «فيدال» وماجنول أن البدء في تنفيذ الجريمة هو العمل الذي يكون قريبا من الجريمة بحيث يمكن أن يقال ان الجاني قد اقفل باب الرجوع عنها واضطلع بمخاطرها ، بعبارة أخرى عندما يدل الجاني بفعله على أنه أسلم نفسه لمخاطر الجريمة وحطم ما خلفه من

وسائل النجاه من المسئولية .

ثالثا :

يفضل «دوندرييه درفاير» المقياس الآتى : يتوافر البدء فى التنفيذ عندما تكون الاعمال التى صدرت عن الجانى عند ضبطه معلقة لأرادته النهائية المؤكدة لارتكاب جريمة معينة بمعنى آخر العمل الذى يدل على عزم اجرامى لا رجعة فيه ويكون قريبا من الجريمة لا يفصله عنها إلا خطوة يسيره لو ترك الجانى وشأنه لخطاها .

رابعا:

يرى «هوس» أن الفعل يدخل فى نطاق الشروع المعاقب عليه متى بدأ الجانى فى تنفيذ مشروعه الاجرامى وبمجرد أن يضع الوسائل التى أعدها موضع التنفيذ بمعنى أن الجانى قد سلك بذلك سبيل الجريمة وأخذ فى استعمال الوسائل التى كان قد أعدها لها . مثل وضع السم فى الطعام أو الشراب المعد للمجنى عليه انتظارا لتناوله .

خامسا :

يصوغ «دو» المعيار الآتى البدء فى التنفيذ هو الفعل الذى يقطع به الجانى على نفسه خط الرجعة وأحرق سفنه من خلفه وخطا نحو الجريمة خطوته الحاسمة واخترق بذلك مجال حقوق الغير .

سادسا :

يستند «دوسى» فى تحديد افعال البدء فى التنفيذ الى ما تتضمنه هذه الأفعال من اعتداء على حقوق الغير فى حين أن الأعمال التحضيرية لا تتضمن الاعتداء ومن أجل ذلك فان الجانى اذا اراد العدول وكان قد بدأ فى التنفيذ فانه يقول أنا أريد التوقف أما اذا كان لا يزال فى التحضير فانه يقول أنا لا أريد أنا أبدا .

واضح أن أى ضابط من هذا الضوابط لا يخلو من غموض والواقع أنه من العسير وضع ضابط دقيق الصدد وانما للقاضى أن يسترشد بها جميعا فى حكمة ولعل السوابق القضائية توضح ذلك الغموض .

ويأخذ الفقه الانجليزى بالمذهب الشخصى فى الشروع ويتبعه فى ذلك القضاء وتسمى القاعدة التى بها هنا فى التمييز بين الشروع وبين مجرد التحضير بـ« الدنو أو الأقتراب أى دنو سلوك الفاعل من الركن المادى للجريمة كما هو موصوف فى القانون فان كان قريبا من هذا الركن عد شروعا وان كان بعيدا عنه اعتبر محض عمل تحضيرى لا عقاب عليه .

ومن الأمثلة الفقهية للشروع أن يدفع انسان بطفل أو بكلب الى ارتكاب السرقة أو أن يسلم شخص الى آخر زجاجة سائل زاعما له أن هذا السائل دواء ويعهد اليه باعطاء السائل فى اليوم التالى الى انسان مريض إذا بالسائل فى حقيقته سم فسلوك الجانى على تلك الصورة يعتبر شروعا فى قتل هذا الانسان .

الفصل الثانى
تقييم المذهب الشخصى

الواقع ان المذهب الشخصى لم تكن صيغته موفقه فى الافصاح عما يعنيه ولم يفلح فى الوقوف على معيار أو ضابط ينضبط به تحديد الشروع كحقيقة قانونية . فرغم انه ابتغى الضرب على كل سلوك يستحق العقاب كان مصيره التوسع فى ذلك الى درجة تخالف القانون . ذلك أنه لايتطلب فى الفصل الذى يعد

بدءا في التنفيذ شروطا ذاتية فان ذلك يكشف عن عيب أساس فيه ذلك انه لا يقيم التفرقة بين العمل التحضيري والبدء في التنفيذ على أسس مقبولة اذ ان كل عمل تحضيري مهما بعد عن الجريمة يعد بدءا في تنفيذها اذا كشف عن العينة الاجرامية ولو كانت هذه الدلالة غير مستخلصة منه ذاته وانما استخلصت من الظروف التي اقترنت به وفي ذلك اتساع في العقاب لاتبرره مصلحة المجتمع لانه تجريم لافعال لايصدر عنها تهديد للحق الذي يحميه القانون ولايمكن أن توصف بانها غير مشروعة وهو بالاضافة الى ذلك تجريم لنية اجرامية مجردة استخلصت عن طريق مجموعة من القرائن كان الفصل احدهما لم يكن المذهب الشخصي موفق في صياغته العبارة التي تخيرها في تحديد معنى الشروع وهي ان يكون سلوك الجاني مفضيا حالا ومباشرة الى ارتكاب الجريمة .

هذه العبارة ليست الا وصفا لخصيصة خارجية في السلوك تتعلق بمدى قربه ماديا من نفاذ الجريمة ولم يكن المقصود باشتراط وجود هذه الخصيصة سوى انها الافادة الدالة على ان النية الاجرامية قد انحسمت بغير رجعة وانه يجب بالتالي عقاب صاحبها لان النية هي التي يعول عليها المذهب وهي السبب في تسميته بالمذهب الشخصي . ولكن من قال ان انحسام النية لايتحقق باطنيا الا اذا كان السلوك خارجيا يفضي حالا ومباشرة الى نفاذ الجريمة فالواقع ان السلوك يمكن ان يكشف عن انحسام النية بغير ان يفضي الى نفاذ الجريمة حالا وذلك حين يكون هذا النفاذ متراخيا عنه اياما . وكثير ما يكشف السلوك عن النية المنحسمة بغير أن يكون مفضيا مباشرة الى نفاذ الجريمة ففي الحريق العمد يتوافر الشروع بمجرد صب البترول وهذا فعل لا يؤدي مباشرة الى وضع النار في الشيء المراد احراقه وفي هذا نفاذ الجريمة وانما توجد نيه وبين وضع النار خطوة متوسطة لم تتخذ بعد هي اشعال عود الثقاب . ويصدق هذا على كثير من الأحكام الصادرة بالتطبيق للمذهب الشخصي .

اذن فالقول بانحسام النية ليس لازما في السلوك لا الافضاء الحال الى نفي الجريمة ولا الافضاء المباشر الى هذا النفاذ هذا من جهة ومن جهة ثانية فان اشتراط الافضاء الحال أو المباشر الى نفاذ الجريمة في سبيل أن يعتبر السلوك مشروع معاقبا عليه أمر له خطره فلا مزية في انه من اهم وظائف البوليس منع الجريمة قبل ان تقع اي التصدي لها وهي في مرحلة الشروع للحيلولة دون نفاذها فلو علق وجود الشروع على كون السلوك بمثابة الفعل الاخير الذي يتلوه مباشرة نفاذ الجريمة لكان ذلك مايضع عقبه في طريق اداء البوليس لمهمته ولكان معنى ذلك احد امرين اما ان يكون سلوك الفاعل محضى عمل تحضيري فلا يحفل البوليس به واما ان يكون بمثابة الفعل الاخير الذي يعقبة مباشرة نفاذ الجريمة فيكون لتدخل البوليس محل ومع ذلك يصير هذا التدخل عديم الجدوى لحدوثه بعد فوات اوانه المناسب ومن جهة ثالثة انحسام النية الاجرامية امر لا يصلح بمفرده ضابطا في تحديد مايعتبر مشروعا معاقب عليه فالقضاء الفرنسي رفض توقيع عقوبة الشروع على شخص انحسمت نيته على قتل

الشاب الذى تتبناه شقيقته وبدد منه سلوك قاطع بهذا الانحسام هو الالحاح على آخر فى سبيل تنفيذ هذا القتل وتسليمه ١٣ مليون فرنك واخيرا فان الاسترسال فى تلك الفكرة مؤداه العقاب على محض النية

وهذا محظور لانه تعريض حريات الافراد للخطر دون اساس من نص القانون واخلالا بمبدأ في الجريمة بغير نص كما أن صياغة هذه العبارة الفصل الذى يؤدى حالا ويباشره الى نفاذ الجريمة – تناقض النتائج التى يقول بها انصار المذهب الشخصى اذ يعنى لفظ مباشرة أن الشروع لايقوم الا بالفعل السابق على تنفيذ الجريمة اما لفظ حالا فيعنى ان الشروع لايقوم الا بفعل لا يفصل بينه وبين نفاذ الجريمة غير فترة قصيره من الزمن وفى الحالين يبدو أن هذا الضابط لايتسق من الحلول العملية أو مع نص القانون فهو ضابط غامض اذ أن الفظين لايكفلان تحديدا واضحا له ، كما ان هذا الضابط يتطلب فى الفعل شروطا تكفل قربه من الركن المادى للجريمة واتصاله به فى صورة مباشرة ولكن منطق المذهب الشخصى يأبى أن تشترط فى الفعل شروط ويرى الغاية فى دلالته على الارادة الاجرامية وهذه الدلالة يستحيل تحديدها وصياغتها فى ضابط التطبيق على ما يعرض من حالات .

وذهب رأى الى القول بأن هذا الضابط يؤدى الى حلول معقولة فى كثير من الأحوال ولكن يلاحظ انه اذا اشترط فى الفعل ان يؤدى حالا ويباشره الى ارقام الجريمة لوجب لاعتباره شرروعا أن يؤدى فى اللحظة التالية الى ارتكاب الجريمة وهذا لايصدق فى كل الاحوال فقد يستمر الشروع مدة طويلة قبل أن تتم الجريمة ومثال ذلك الحفر فى الارض تحت خزائن بنك لسرقة مابها من اموال وقد ادى هذا النقد الى الاكتفاء بكلمة مباشرة عند وضع مادة ٢٣ من القانون البولندى ومادة ١٠٦ من القانون الفرنسى ومادة ٢٧ من القانون الحبشى ومادة ١٥ من القانون الروسى .

والمذهب الشخصى يقصر جل اهتمامه على معرفة النية الاجرامية دون التحقيق من الخطر الذى ينطوى عليه الفعل بينما أن هذا الخطر أساس التجريم ولا يمكن ان تحل خطورة الفاعل محل خطورة الفعل فى قياس التجريم فالأثنان فكرتان ولكل منهما مجال تطبيقهما فالخطر هو اساس التجريم والخطورة هى مقياس العقاب وعلى ضوئها يختار القاضى مايراه ملائما من عقوبات فاحلال فكرة الخطورة محل فكرة الخطر وهو مالا يتفق مع علة تجريم الشروع ولذا يجب التحقق من ان الفصل الذى اتاه الجانى على ضوء الظروف المحيطة به-فضلا عما يوضح عن نية اجرامية قد انطوى فى حد ذاته على خطر معين هو تهديد لمصلحة المحمية بالضرر . والمعياران التى قالا لهما «دو» «فيدال» معياران غامضان لانهما لايوضحان متى يخطو الجانى هذه الخطوه الحاسمة ومتى يقطع على نفسه خط الرجعة وبالتالى فهما لايفيدان فى تحديد الفعل الذى يعتبر بدءا فى تنفيذ الجريمة .

ويؤخذ على معيار هرس بأنه معيار غامض يترتب على تطبيقه نتائج شاذه تؤكد عدم ملاءمته لهذا الغرض اذ لايعتبر دخول الجانى المنزل وهو حامل ادوات مما تستعمل فى كسر الخزائن الحديدية شروعا فى سرقة طالما انه لم

يستعمل بعد هذه الادوات أو الآلات فى حين انه من المسلم به أن مجرد دخول المنزل بقصد السرقة شروعا فى هذه الجريمة .

كما أن المذهب الشخصى يعطى للجانى مكنة تحديد الوقت الذى يبدأ عنده تنفيذ الجريمة فهو يحيل فى بعض ضوابطه تكييف الجريمة على الجانى نفسه .

تلك هى معايير المذهب الشخصى معايير غامضة لاتفى بالغرض الذى وضعت من اجله وهو تحديد اعمال البدء فى التنفيذ تحديدا قاطعا للشك تفانيا للجهالة فهى تبدو قاصرة التطبيق على بعض الافعال التى تقع على مقربه من الحدود الفاصلة بين البدء فى التنفيذ والتحضير للجريمة . مثال ذلك الترصد . فقد اختلف فقهاء المذهب الشخصى فيما بينهم حول افعال الترصد التى تقع بقصد القتل أو السرقة وعما اذا كانت تعد بدءاً فى التنفيذ أم تعد عمل تحضيرى فيرى البعض ان الترصد بقصد القتل يعد بدءاً فى التنفيذ لان الترصد ظرف مشدد فى هذه الجريمة وعلى خلاف ذلك يرى البعض الآخر ان الترصد لايصلح بدءاً فى التنفيذ اذ يكون المجال امام الجانى مازال فيه متسع للعدول .

الخلاصـــة :-

مما تقدم يتضح مدى اختلاف فقهاء المذهب الشخصى فى تحديد البدء فى التنفيذ عند وضع معايير موضع التطبيق العملى الامر الذى يؤكد ان هذه المعايير ليست من الدقة والوضوح لتفى بالغرض المطلوب .

الباب الثالث
موقف القضاء

منذ امد بعيد يجرى القضاء فى فرنسا وفى مصر على المذهب الشخصى يمكن القول ان محكمة النقض قد بنت قضاؤها كذلك على المذهب الشخصى واخذت تردد عبارات الشراح الفرنسين فى هذا الصدد ولكن يبدو ان المحاكم اكانت تطبق المذهب المادى فى بادىء الامر وهى بصدد تحديد اعمال البدء فى التنفيذ وانها بدأت تهجر هذا المذهب وتأخذ بالمذهب الشخصى تدريجيا الى ان استقر الوضع نهائيا الى الاخذ بصفة مطلقه بهذا المذهب الاخير .

وسوف نعرض هنا بعض الاحكام الصادره من القضاء الفرنسى والمصرى حتى يمكننا ان نتتبع هذا التحول .

الفصل الاول
موقف القضاء الفرنسى

يبدو من **مراجعة احكام القضاء الفرنسى انه كان متجها** فى بادىء الامر نحو الاخذ بالمذهب المادى عند تحديد البدء فى التنفيذ ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسيه بان دخول المنزل ولو عن طريق التسور ليلا لا يكفى لتكوين الشروع فى الجريمه ، لان الشروع يتطلب ان يرتكب الجانى فعلا يعد بدءا فى التنفيذ .

وبنفس المعنى قضت محكمة النقض بأنه اذا ضبط المتهم فى فناء منزل مختبئا بقصد ارتكاب جريمة سرقة فيه فان فعله لايعد بدءاً فى تنفيذ هذه الجريمه مادام الجانى لم يأت داخل المنزل أى فعل يؤدى الى جريمه السرقه . وقد حكمت بعض محاكم الاستئناف الفرنسية بأن افعال التسلق والكسر المرتكبه بقصد

السرقه ليست الا افعال تحضيريه ومن هذه الاحكام حكم محكمة بوردو وبتاريخ ١٨٢٥/٦/٢٧ اذ حكمت ان ارتكاب الشروع لم يتوافر فى تهمة رجل اتهم امامها بدخوله منزلا بواسطة التسلق والكسر ولكنه ضبط قبل ان يتمكن من مد يده الى الاشياء التى كانت ينوى سرقتها لانه لم يعمل عملا يفيد انه بدأ فى التنفيذ بقصد السرقه .

وحكمت محكمة نانسى بان الشخص الذى تسلق سورا وكسر بعض الواح من الزجاج توصلا الى الدخول فى احد المنازل ولم يمتنع عنه الا لظهور سكان المنزل لم يرتكب جريمه الشروع فى السرقه ولم يحصل منه بدء فى تنفيذ جريمة سرقه .

ولكن تمسك القضاء بالمذهب المادى مالبث ان فتر تدريجيا وبدات معايير المذهب الشخصى وافكاره تظهر صراحة فى الاحكام مؤكده هذا الاتجاه الجديد ويتضح ذلك مما قالته محكمة النقض الفرنسيه فى العديد من احكامها من ان البدء فى التنفيذ هو ان يأتى الجانى فعلا من شأنه ان يؤدى مباشره الى تمام الجريمه .

وتطبيقا لهذا الاتجاه قضت محكمة النقض فى فرنسا بأن دخول المتهم ليلا فى منزل أو خلعه الحذاء دون ان يقدم تبريرا مقبولا يعد شروعا فى سرقه .

وفى حكم لمحكمة النقض الفرنسيه فى ٣ يناير سنة ١٩١٣ باتهام شخصين ادوا سرقة نقود احد المحصلين فذهبا الى المكان المراد ارتكاب الجريمه فيه وعايناه ورسما خطتهما وبعد ان حددا وقت التنفيذ قصدا محل الحادثه يحمل احدهما مسدسا فارغا والآخر مجهز ببلطة وزجاجة بها حمض السياتور وكماشه وتربصا على مسافة خمسة امتار من باب المنزل الذى سيخرج المحصل منه فقبض البوليس عليهما اثناء التربص . وقد جاء فى حيثيات الحكم «وحيث انه قسما من هذه الوقائع ما هو الا اعمال تحضيريه فان يجب ان تعترف ان الجريمه قد دخلت دور التنفيذ فى اللحظه التى وقف فيها هؤلاء الاشخاص امام العماره للاعتداء على المجنى عليه مجهزين باسلحه لهذه الغايه» .

وفى حكم آخر لنفس المحكمه ايضا فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ تتلخص وقائعه فى ان شخصا دخل دكان صايغ بصحبه اخر وكان قصدهما سرقة بعض المصوغات المعروضه باحدى الواجهات الموجوده بالمحل فتقدم المتهم الاول الى صاحب المحل واخذ يشغله باملاء اسمه ليحفر له قطعه من المصوغ يشتريها بينما كان زميله واقفا بجوار الواجهه مادا يده الى داخلها وفى هذه الاثناء مر شخص فشاهد الحادث وصاح بصاحب المحل

ففر المتهمان قبل اتمام السرقه وتمكن الصائغ من القبض على الشخص الذى كان يشغله باملاء اسمه ، فسيق للمحاكمه فحكم عليه باعتباره شارعا فى السرقه لان ماقام به من افعال صرف بها نظر الصائغ عن زميله مساهمه جدية فى جريمة الشروع فى السرقه التى لم تتم لسبب خارج عن ارادته وهو تنبه احد الماره ومشاهدته الشخص الآخر وهو يمد يده داخل الواجهه ووصفت المحكمه عمل الاثنين بانه تعاون وثيق فى اعمال التنفيذ .

وقضت محكمة النقض

الفرنسية بأن اتفاق طبيب مع امرأه على اجهاضها وتحديد الاتعاب التى يتقاضاها نظير ذلك ثم توجهه الى منزلها ومعه حقيبه بها الادوات اللازمه لاجراء هذه الجراحه يكفى لتوافر الركن المادى لجريمة الشروع فى الاجهاض ، كما قضت بأن الشروع في الاجهاض يتوافر ولو لم يبدأ الجانى فى تنفيذ افعال الاجهاض ذاتها . وحكم بأنه يعتبر شروعا فى السرقه دخول المتهم فى سياره مملوكه لشخص آخر بقصد الاستيلاء عليها دون رضاء صاحبها أو علمه ، واكدت محكمة النقض الفرنسيه فى احكامها الحديثه تمكنها بالمذهب الشخصى فى تحديد افعال البدء فى التنفيذ فقضت بأن التربص للمجنى عليه فى انتظار انما يمر للسطو عليه يعتبر شروعا فى جريمه سرقه ، وكذلك تواجد الفاعل فى المكان المزمع ارتكاب السرقه فيه ومعه مجموعه ادوات السطو أو ان يتسلل شخصان داخل سياره واقفة بعد كسر بابها فيداهمها البوليس فى تلك اللحظه ، أو ان يضع شخص اداة تساعد على تحريك موتور السياره الواقفه فيفاجئه البوليس ، أو ان يتسلل الى داخل السياره وهى واقفه فضبطه البوليس فور اتخاذه مكانا امام عجلة قيادتها .

وقضت المحكمه ايضا بانه يعتبر مشروع نصب على شركه التأمين ادعاء شخصين وقوع حادث خيالى بغية الحصول على مبلغ تأمين ودفع دعوى قضائيه للمطالبه بهذا المبلغ ، أو تقديم المؤمن عليه مستندات كاذبه بشأن الاشياء التى قضى عليها حريق شب لديه وتتضمن مغالاه فى تقدير تلك الاشياء على خلاف الحقيقه ، أو تقديم المجنى عليه فى حادث عقدا مزورا والاحتجاج به امام المحكمه فى دعواه قبل شركة التأمين فى سبيل الحصول على اكثر من المبلغ المستحق له كتأمين .

هكذا يتبين من مراجعة احكام القضاء الفرنسى اتباعها للمذهب الشخصى بعبارات اكثر وضوحاً وتحديد صياغته فى التعريف بالشروع .

الفصل الثانى
موقف القضاء المصرى

ترددت محكمة النقض المصريه فى احكامها الاولى بين كل من المذهبين المادى والشخصى الى ان استقرت على الاخذ بالمذهب الشخصى .

وكانت المحكمه فى اول الامر تستلزم لاعتبار الفعل بدءا فى التنفيذ أن يرتكب الجانى جزءا من المكونه المادية للجريمة وعلى هذا الاساس فقد قضت محكمة النقض فى حكم لها فى ١٩١٢/٣/٣٠ بأن طلب الفحشاء من ادائها وجذبها عن يدها وملابسها لايعد شروعا فى اغتصاب بل هى مجرد اعمال تحضيريه بالنسبه لجريمة مواقعة انثى بغير رضاها ، وجاء فى حيثيات الحكم «وحيث ان الوقائع الثابته ضد الطاعن فى الحكم المطعون فيه لاتعتبر سوى اعمال تحضيرية لابداء فى تنفيذ جناية مواقعة انثى بغير رضاها أى شروعا يقع تحت طائله أحكام قانون العقوبات وفى الواقع فان مجرد طلب الفحشاء من أمرأه وجذبها من يدها وملابسها ليس من اعمال البدء فى تنفيذ الجريمه المشار اليها» وكذلك فى حكم لها بتاريخ ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣

اعتبرت اعداد المتهم للماده السامه وذهابه بها الى حظيرة المواشى بقصد تسميمها ثم محاولة فتح باب الحظيره هى اعمال لايمكن اعتبارها شروعا وانما هى من قبيل الاعمال التحضيريه التى لايعاقب عليها القانون ولو وضحت بها نية المتهم . كما قضت بأن صب غاز على نافذة منزل المجنى عليه وعلى دكة خشب موجوده بالمنزل بقصد اشعال النار فيه لايعتبر بدءا فى تنفيذ هذه الجريمه ، وقالت ايضا فى حكم لها بتاريخ ٦ مارس /١٩٢٢ م بان دخول المتهم اسفل صهريج للغاز واهما مجرد عمل تحضيرى .

واعتبرت محكمة النقض ان توافر احد الظروف المشدده يكفى لتكوين الشروع فيها فقضت فى حكم لها بتاريخ ١٥/ مايو/ ١٩٣٥ م . انه اذا كانت التسلق ظرفا مشددا للعقوبه فى السرقات فارتكابه يعد بدء فى التنفيذ لانه جزء من الركن المادى فى الجريمة المذكورة .

وقضت ايضا بأن الاعمال التحضيريه تنتهى عند سور المنزل فان تخطاه الجانى بنقب أو تسور فان فعله هذا لايمكن اعتباره شيئا آخر غير بدء فى تنفيذ فكرته الاجرامية واصدرت العديد من احكامها التى تتمشى مع هذا المبدأ ، فقضت فى حكم لها بتاريخ ٢٧/سبتمبر/١٩١٦ بان احداث المجنى عليه نقب فى سور منزل المجنى عليه فى مقابل المكان الذى يترك فيه جاموسته يعد شروعا فى جريمة سرقة .

ومالبث ان تحلل القضاء المصرى من المذهب المادى وبدا اتجاهه نحو الاخذ بالمذهب الشخصى بحيث يمكن القول بأن محكمة النقض المصريه ثبتت فى احكامها الحديثة على الأخذ بهذا المذهب .

ويدل على ذلك ماقالته محكمة النقض بأن «البدء فى التنفيذ هو ان يأتى الجانى اعمالا تؤدى مباشرة الى ارتكاب الجريمه ولو لم تكن هذه الاعمال من الافعال المكونة للجريمة . فالفرق بين العمل التنفيذى والعمل التحضيرى ان الاول بخلاف الاخير يؤدى جالا ومباشرة الى ارتكاب الجريمة أما العمل التحضيرى فانه مهم ولايمكن تعيين الغرض منه» واصدرت المحكمة العديد من الاحكام التى تؤكد تمسكها بالمذهب الشخصى .

وتطبيقا للمذهب الشخصى قضت محكمة النقض المصريه :

(١) فى حكم لها بتاريخ ١٩٢٧/٦/٦ بأنه يعتبر شروعا فى سرقة أى فعل من الافعال الموصله للسرقه المحدده لقصد المتهم بذاتها وبما يقارنها من الاحوال بحيث لايشك فى اتجاه قصد الفاعل الى السرقه وعلى ذلك فمحاولة المتهم كسر قفل دكان به بضائع وكونه من معتادى ارتكاب السرقات هو بدء فى ارتكاب السرقة أذ ليس من الضرورى البدء فى السرقه ان يفتح حرز المسروق أو أن تصل يد المتهم اليه .

(٢) فى حكم لها بتاريخ ١٩٣٤/٢/٢٩ بأنه اذا امسك المتهم مسدسا صالحا للاستعمال ومحشوا بالرصاص ومعدا للاطلاق واقترب من المجنى عليه مادا يديه بالمسدس وفوهته موجهه اليه بحيث كان من الميسور له ان يحرك يديه بالمسدس حركة التصويت والاطلاق بأسرع

مايمكن فيصيب الهدف فانه ذلك يعتبر اعمالا تنفيذيه للشروع فى جريمة القتل لا اعمال تحضيرية .

(٣) فى حكم لها بتاريخ ١٩٣٤/١٠/٢٩ م بأنـــه لايشترط يجب تعريف م ٤٥ للشروع أن يبدأ الفاعل بتنفيذه جزء من الاعمال المكونه للركن المادى للجريمه بل يكفى لاعتبار انه مشروع فى ارتكاب الجريمة ان يبدأ بتنفيذ فعل سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادى لها ومؤد اليه حتما وبعبارة يكفى أن يكون الذى باشره الجانى هو الخطوة الاولى فى ارتكاب الجريمة وانه يكون بذاته مؤديا حالا وعن طريق مباشر الــى ارتكابها مادام قصد الجانى من مباشرة هذا الفعل معلوما وثابت وعلـى ذلك يعتبـر شروعا معاقبا عليه واقعة تسلق المتهمين جدار المنزل الملاصق للمنزل الذى كانوا ينوون سرقته يعودهم الى سطحه وفى حكم آخر لها اعتبرت شروعاً فى هتك عرض بالقوة تهديد المجنى عليه وضربه والقاؤه على الارض رغم مقاومته بقصد العبث بعرضه دون أن ينال المجرم غرضه منه بسبب استغاثته .

(٤) فى حكم لها بتاريخ ١٩٣٢/٤/١٦ بــأن وضع المتهم قطعة قش داخل عداد الكهرباء بكيفية توقف سير الطاره فلا تكتب الارقام اثناء اضاءة النور أو المكـواه الكهربائية بعد شرحا اذا لم يثبت ان الاضاءة أو الكى حصلت فعلا بعد وضع قطعة القماش .

(٥) فى حكم لها بتاريخ ١٩٤٣/٤/١٩ بأنـه يعتبـر شروع فى الغش والتدليس المعاقب عليه وفقا للمـادة الاولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ واقعة عرض البائع قطنا فى السوق يعد بله بالماء لزيادة وزنه اضرارا بمن يشتريه لانه يؤدى الى الجريمـة المذكـورة فـورا

ومباشرة ولو لم يتعين مشترٍ بالذات اذانه يكفى للعقاب على الغش العام - كما جاء فى الحكم - ان واقع على أى مشترٍ ويكفى لتحقق البدء فى التنفيذ ان يقع فعل يكون من شأنه أو المقصود به غش اى شخص يمكـن ان يتقـدم للشراء .

(٦) فى حكم لها بتاريخ ٣٠/ يناير/ ١٩٦٠ م بأنه اذا كان المتهمان قد دفعا المجنى عليه كرها للركوب معهما بالسيارة بقصد مواقعتها ثم انطلقا وسط المزارع حتى اذا اطمأنا الى انهما قد صارا بمأمن من اعين الرقباء شرعا فى اغتصابها معتمدين فى ذلك على المسدس الذى كان يحمله احدهما فاستغاثت وخف الى نجدتها خفيران سمعا هذه الاستغاثة فان اركان الشروع فـى الاغـتصاب تكـون متوافره .

(٧) قضت محكمة النقض فى حكم لها سنة ١٩٤٧ بأنه يعتبر شروعا فى السرقة واقعة اقتحام المتهمين اسور المصنع باستعمال آلات تساعد على الدخول بواسطة الكسر ووجودهمـــا داخل اسوار المصنع وعلى بعد امتار عن بنائه وعدم تمام الجريمة بسبب مباغتة الحارس لهما .

وجاء فى حيثيات الحكم «وحيث انه عن الشروع قد توافر من اقتحام المتهمين لسور المصنـع وهـو مـن الاسلاك الشائكة ووجودهـا داخل حسن المصنع على بعد امتار عن ابنائه وعلى مقربة

من نافذه قال الشاهد الاول بسبب حصول سرقة منها ومن ضبط آلات تساعد على الدخول بواسطة الكسر (وهى كماشة ومبرد) مع المتهم الثانى وماقيل من ان المتهم الاول ليس اجنبيا عن هذا المصنع وسبق ان فصل منه لاتهامه بارتكاب سرقة منه كل هذا يقطع بانهما قد بدء فعلا فى تنفيذ الجريمة . وقد خاب اثر ذلك لسبب خارج عن ارادتهما وهو تنبه الحارس ومباغتهما اثناء ارتكاب الجريمة» والذى يستفاد من هذا الحكم هو انتهاء محكمة النقض المصرية الى الاخذ بالمذهب الشخصى الامر الذى يجيز لنا ان نقرر ان هذه المحكمة تأخذ بالمعايير الشخصية للفصل بين مايعتبر افعالا معاقبا عليها كشروع والافعال غير المعاقب عليها بناء على هذا الاساس .

(٨) قضت محكمة النقض بأن الفصل فيما اذا كان الفعل المرتكب من اعمال التنفيذ أو التحضير هو فصل فى نقطة قانونية تتصل بالنص وغرض الشارع من وضعه وتخضع لرقابة محكمة النقض ذلك بأن الامر فى الشروع لايقتصر على المسائل المتعلقة بالوقائع التى يفصل فيها قاضى الموضوع بغير معقب ولكن بمسألة قانونية تتعلق بوصف هذه الافعال الفصل فيما اذا كانت تعتبر بدءا فى التنفيذ وهو ركن اصيل من اركان الشروع اما استخلاص توافر القصد أو عدم توافره فهو أمر متعلق بالموضوع يفصل فيه قاضيه دون معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصه لهذا القصد أو قوله بانتفائه لا يتجافى مع المنطق ذلك ان استخلاص توافره أو عدمه انما يرجع الى وقائع الدعوى وظروفها وهى امور لاتتعلق بتطبيق النصوص .

خاتمة :

بانتهاء عرضنا لموقف القضاء تكون قد انتهينا من عرض بحثنا فى البدء فى التنفيذ كمعيار للتميز بين مايعد من الاعمال التحضيرية وما يعد من الاعمال التنفيذية وهى التى يتوافر الشروع بشأنها . متناولين المذهب التى تصارعت فى تعريف البدء فى التنفيذ ومتناولين موقف القضاء فى هذا الشأن الفرنسى والمصرى حيث تناقلت أحكامها بين المذهب الموضوعى والشخصى الى ان استقرت اخيرا على تطبيق المذهب الشخصى .

مؤذن بخراب العمران ...

العلامة ابن خلدون

«العود» كسبب لتشديد المسئولية الجنائية في التشريع الجنائي المصري

السيد الأستاذ / رفعت محمد ابراهيم الشاذلي
المحامي

الفصل الأول

المبحث الأول :
تعريف العود :

يقصد بالعود العودة إلى الجريمة من قبل شخص سبق الحكم عليه نهائياً بالإدانة من أجل جريمة أخرى وهو من أجل ذلك يعتبر سبباً لتشديد العقوبة عن الجريمة الجديدة أي أن سبب التشديد في العود يرجع إلى شخص الجاني وبالتالي يعتبر سبباً عاماً للتشديد وليس متعلقاً بجريمة معينة فخطورة الجاني العائد من الناحية الإجتماعية هي مناط التشديد بغض النظر عن نوع الجريمة فالعود تعبير عن ميل إجرامي ينبغي تشديد العقوبة ومن ثم فهو يعتبر ظرف شخصي يتعلق بشخص الجاني ولا يسري إلا في مواجهة من تتوافر في حقه دون غيره من الفاعلين أو الشركاء .

أورد الدكتور محمود نجيب في مؤلفه شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٨٢ أن العود هو حالة الشخص الذي يرتكب جريمة أو أكثر بعد سبق صدور حكم بات عليه بالعقاب من أجل جريمة سابقة .

Garraud III no, 1001 q p 243 Donnedieu de Vabres no. 850, p 482; vodalef Magnal, I no. 272, p ,437; ste Fani, Levasseur et Bouloc, no, 567, p. 499.

الدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٧٤٣ ، والدكتور محمود محمود مصطفى رقم ٤٧١ ص ٦٥٢ الدكتور علي راشد ص ٦١٢ الدكتور رؤوف عبيد ص ٧١٤ والدكتور رمسيس بهنام ص ١١٥١ ..

ويعني ذلك أن العود يفترض تعدد جرائم المتهم ولكن يفصل بينها حكم بات بالعقاب صدر من أجل إحداها وفي ذلك الفصل ما يميز بين العود وتعدد الجرائم . ولكن هذا العنصر المميز بين الفرضين لا يحول دون اجتماعهما إذا توافرت عناصرهما . كما لو ارتكب شخص جريمة فصدر ضده من أجلها حكم بات ثم ارتكب عدداً من الجرائم لا يفصل بينها مثل هذا الحكم فهو في حالتي العود والتعدد .

Corron, at-58 no, 13; davvaud III no, 1019, p. 264.

مفترض العود أو شروطه :

أولاً مفترضات العود :
مفترضات العود هي الشروط اللازمة للعود والتي يجب أن تتوافر قانوناً والتي بدونها لا يمكن الحديث عن العود وهي أمرين :

الأول : وجود حكم سابق بالإدانة منتجاً لآثاره .

الثاني : إرتكاب جريمة جديدة .

المفترض الأول

وجود حكم سابق بالإدانة منتجاً لآثاره

العود يفترض أن الشخص سبق الحكم عليه بالإدانة من أجل جريمة سابقة لذلك إذا لم يكن هناك حكم سبق صدوره على الشخص منتجاً لآثاره فلا مجال للحديث عن العود ولا يكفى فى هذا أن يكون الشخص قد ارتكب جريمة سابقة طالما لم يصدر فيها حكم .

ولا يكفى سبق صدور حكم فى جريمة سابقة بل يلتزم أن يكون هذا الحكم بالإدانة ولا يفقد العود مفترضاته القانونية وعلة التشديد فيه ومعنى ذلك أن يكون الحكم قد صدر بعقوبة جنائية .

فإذا كان الحكم صادراً بتدبير احترازى أو بعقوبة تقويمية كما هو الشأن بالنسبة للأحداث فلا يعتبر الحكم سابقة فى العود .

كما يلزم أن يكون الحكم الصادر بعقوبة جنائية بجريمة هى جناية أو جنحة فالأحكام الصادرة فى **المخالفات لا يعتد بها كسابقه فى العود** ما لم ينص القانون على خلاف ذلك بالنسبة لبعض المخالفات وبالإضافة إلى ما سبق يجب أن يكون منتجاً لآثاره الجنائية **ويكون كذلك إذا كان نهائياً صادراً من محكمة مصرية ولم يسقط بالعفو الشامل أو رد الإعتبار أو بانقضاء ثلاث سنوات على وقف التنفيذ دون ارتكاب جريمة جديدة .**

ويقصد بالحكم النهائى الحكم البات الذى لا يجوز الطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية أو النقض وهو يكون كذلك **حتى ولو كان لم ينفذ بعد لهرب المحكوم عليه أو لأى سبب آخر .**

ويجب أن يكون صادراً من محكمة مصرية حتى يكون منتجاً لآثاره نظراً لأن الحكم الأجنبى غير منتج لآثاره لأن المحاكم الأجنبية غير معترف بها فى محيط التنفيذ العقابى [1] .

وتستوى أن تكون المحكمة المصرية عادية أو استئنافية .

وأن يكون الحكم مازال قائماً لم تسقط آثاره الجنائية حتى ولو كانت العقوبة المحكوم بها قد سقطت بالتقادم **فالحكم الجنائى لا تسقط آثاره الجنائية بالعفو الشامل أو برد الإعتبار القانونى أو القضائى أو بانقضاء ثلاث سنوات دون إلغائه إذا كان مشمولاً بوقف التنفيذ الكامل أى وقف تنفيذ العقوبة والآثار الجنائية** أما إذا كان وقف التنفيذ قاصر فقط على العقوبة فيظل الحكم منتجاً لآثاره الجنائية إذا ارتكب جريمة خلال الـ ٣ سنوات وتحسب سابقة فى العود حتى يسقط .

المفترض الثانى

إرتكاب جريمة جديدة

يشترط أن تكون جناية أو جنحة أما المخالفات فلا يعتد بها فى العود وكقاعدة يجب أن تكون الجريمة الجديدة مستقلة تماماً عن الجريمة السابقة والتى صدر حكم فيها وهى تكون كذلك إذا كانت لاحقة فى ارتكابها لتاريخ صدور الحكم فى الجريمة الأولى .

وأن تكون غير مرتبطة بتنفيذ الحكم الصادر فى شأنها فلا يكفى أن تكون الجريمة لاحقة لتاريخ ارتكاب الجريمة الأولى وإنما يجب أن تكون لاحقة لصدور الحكم **وغير مرتبطة بتنفيذه .**

ولذلك فإن جريمة هرب

المحبوسين والمنصوص عنها فى المادة ١٣٨ لا يعتد بها فى العود أما إذا ارتكب المحكوم عليه أثناء التنفيذ جريمة أخرى كاعتداء على زميل له فى السجن أو سرقة أو غير ذلك فإنها يعتد بها فى العود ويتوافر فى **شأنها الشرط** (٢) . .

نخلص مما سبق أن هناك شروط يجب توافرها فى الحكم الذى يحتسب سابقة فى العود وهو ما سوف **نعرض له** .

شروط الحكم الذى يحتسب سابقة فى العود

قدمنا أن للعود مفترضات خلصت فى وجوب حكم سابق على ارتكاب الجريمة الجديدة حتى يعتبر الشخص عائداً لذا ينبغى بيان أن هناك شروط يجب توافرها فى الحكم السابق حتى يحتسب سابقة فى العود وهى كالآتى :

أولاً : أن يكون **الحكم** صادراً **بالإدانة** فى دعوى جنائية وهذا لا يكفى بل يتعين أيضاً أن يكون صادراً من **محكمة عادية أو من محكمة استثنائية** لها ولاية الفصل فى جرائم القانون العام ومثال **ذلك المحاكم العسكرية أو محاكم أمن الدولة** بتطبيق القانون العام .

أما إذا صدرت من المحاكم العسكرية أو أمن الدولة أحكام بناء على تشريعات استثنائية كالأوامر التنظيمية فى أحوال الطوارىء أى فى جرائم ليست من جرائم القانون العام فلا **تحتسب سوابق فى العود** (٣) .

ومن باب أولى لا تحتسب سوابق الأحكام الصادرة من المجالس العسكرية على العسكريين ومن مجالس التأديب على المدنيين .

ثانياً : أن يكون صادراً من **محكمة مصرية** . فلا يعتد فى التشريع العقابى المصرى كقاعدة عامة بالأحكام الجنائية الصادرة من محاكم أجنبية (٤) .

ثالثاً : أن يكون **بعقوبة جنائية يعتد بالتدابير** التقويمية التى يقضى بها على الأحداث ومثال ذلك التدابير الخاصة بالإرسال إلى الإصلاحية .

ومن باب أولى التسليم للوالدين أو لغيرهم حتى ولو كان الحدث قد أصبح بالغاً عند مقارفته للجريمة الجديدة .

رابعاً : أن تكون العقوبة أصلية فلا يعتد فى العود بالعقوبات التكميلية مثل الغرامة النسبية والمصادرة .

ويعتد بجميع العقوبات الأصلية سواء ما ورد منها فى صلب التشريع العقابى أو فى القوانين التدليلية .

خامساً : أن تكون فى جناية أو جنحة فلا يعتد بالأحكام الصادرة فى **المخالفات إلا فى مخالفات** قليلة وردت فى قوانين أو لوائح خاصة فلا صلة لها على أية حال بصور العود المبينة فى صلب التشريع العقابى (٥) .

ويراعى أن صور العود تتأثر فحسب بالعقوبة المحكوم بها وهل هى عقوبة جنائية أم جنحة بصرف النظرف عن وصف الجريمة التى من أجلها تحس توقيع العقاب (٦) .

سادساً : أن يكون الحكم حائزاً حجية الشىء المحكوم به نهائياً إما باستنفاذ طرق الطعن الثلاث وهى المعارضة والاستئناف والنقض وإما بفوات ميعادها .

فلا يعتد بحكم غير حائز حجية الشىء المحكوم فيه ولو نفذ بالفعل كما يعتد بكل حكم

حائز هذه الحجية ولو لم يحصل تنفيذه لمثل هرب المتهم .

سابعاً : أن يكون الحكم السابق قائماً لم تنقض آثاره بعد بمثل العفو الشامل أو رد الإعتبار القانونى أو القضائى أو بصدور قانون لاحق يجعل الفعل مباحاً فإنه يكون بمثابة عفو شامل لأنه يزيل الصفة الإجرامية عن نفس الفعل .

أما العفو عن العقوبة كلها أو بعضها فلا يحول دون احتساب الحكم الصادر بها سابقة فى العود لأن أثره مقصور على منع تنفيذها بحسب الأصل وكذلك الشأن فى تقادم العقوبة .

أسباب تشديد العقاب وعلتها

أولاً : أسباب تشديد العقاب :

يرى الأستاذ محمود نجيب حسنى أن أسباب تشديد العقاب هى حالات يجب فيها على القاضى أو يجوز له أن يحكم بعقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة أو يجاوز الحد الأقصى الذى وضعه القانون لعقوبة هذه الجريمة ويتضح بذلك أن أسباب تشديد العقاب تعرف بتأثيرها على حدود السلطة التقديرية للقاضى فهى تستبدل بحدودها العادية حدوداً جديدة حينما تكون وجوبية فتلزم القاضى بأن يحكم بعقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة أو أن يحكم بعقوبة مجاوزاً فى مقدارها حدها الأقصى أو هى توسع من نطاق هذه السلطة حينما تكون جوازية بتمكينها القاضى بالإضافة إلى الحكم بالعقوبة العادية للجريمة أن يحكم بعقوبة أشد منها **نوعاً أو مقداراً** وتطبيقاً لذلك فإنه إذا بقى القاضى فى نطاق الحدود الأصلية لسلطته التقديرة فلا يعنى ذلك توافر سبب التشديد ولو قضى بالحد الأقصى للعقوبة مقدرا جدارة المتهم بالقسوة وإنما يعتبر ذلك استعمالاً عادياً لسلطته التقديرية .

ثانياً : علة أسباب التشديد :

يرى الأستاذ الدكتور محمود نجيب أن علة التشديد تكمن فى تمكين القاضى من تحقيق ملاءمة كاملة بين العقوبة التى ينطبق بها والظروف الواقعية للدعوى التى تقتضى مزيداً من التشديد يجاوز ما يسمح به القانون فى النص الخاص بالجريمة .

فالشارع وضع الحد الأقصى للعقوبة الخاصة بالجريمة مقدراً أنه يمثل من الشدة ما يقتضيه غاية العقاب على هذه الجريمة ولكن قد تعرض فى بعض الدعاوى ظروف خاصة تقتضى مزيداً من الشدة فتكون وظيفة أسباب التشديد فى النظام القانونى هى إتاحة السبيل لاستعمال أصوب للسلطة التقديرية للقاضى (٧) .

وشأنها فى ذلك شأن أسباب التخفيف وأن يكون لكل نوع منها مجال التطبيق الخاص به ويطلق على **أسباب التشديد تعبير (الظروف المشددة)** ... **وتشمل الظروف المشددة المادية والظروف المشددة الشخصية** ويتعلق هذا التقسيم بطبيعة الظروف المشددة ونوع العناصر الإجرامية التى يمكن إلحاقه بها باعتباره يفترض تعديلاً منها يزيد من خطورتها ويستتبع تشديد العقاب .

فالظروف المشددة المادية تتعلق بالجانب المادى للجريمة فى أحد عناصره وتعنى تحققه على نحو يزيد من جسامته سواء أكان اتصالها بالفعل أم بالنتيجة

الإجرامية فإن اتصلت بالفعل فهي تفترض ارتكابه على نحو أكثر خطورة وقد ترجع هذه الخطورة إلى استخدام وسيلة معينة تزيد من جسامته كاستعمال السم فى القتل أو الإكراه فى السرقة وقد ترجع هذه الخطورة إلى ارتكابه فى مكان معين كالسرقة من مكان مسكون أو محل عبادة أو ارتكابه فى زمن معين كالسرقة أو القتل للحيوانات ليلاً وقد تتصل الظروف المادية بالنتيجة الإجرامية وتفترض جسامة الأذى الذى أحدثه الفعل مثال ذلك حدوث الموت أو العاهة المستديمة أو المرض أو العجز عن الأشغال الشخصية كأثر الفعل الجرح أو الضرب أو إعطاء المواد الضارة .

أما الظروف الشخصية فتقضى زيادة الإثم أو ازدياد خطورة الشخصية الإجرامية ومثالها سبق الإصرار فى القتل والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة .

ومثالها كذلك صفات يرى الشارع أنها إذا توافرت للجانى دلت على إساءته استغلال الثقة التى وضعت فيه أو السطة التى خولت له كصفة الخادم فى السرقة والإغتصاب وهتك العرض وصفة الطبيب أو الجراح أو الصيدلى أو القابلة فى الإجهاض (٨) .

الظروف المشددة التى تبقى للجريمة وصفها فى التقسيم الثلاثى وتلك التى تغير منه

بعض الظروف المشددة تغلظ عقاب الجريمة مبقية مع ذلك على نوع عقوبتها ومكتفية بالإرتفاع بمقدارها .

وهذه الظروف تبقى للجريمة تبعاً لذلك على وضعها فى التقسيم الثلاثة للجرائم . فارتكاب السرقة ليلاً أو مع حمل سلاح أو ارتكابها فى مكان مسكون أو محل عبادة ظروف مشددة تبقى لها نوعها كجنحة ولكن بعض الظروف المشددة تستبدل بالعقوبة المقررة أصلاً للجريمة عقوبة من نوع أشد وقد تكون من شأن ذلك أن يتغير موضعها فى التقسيم الثلاثى للجرائم .

فإذا اقترنت السرقة بالإكراه أو ارتكبت فى طريق عمومى تحولت من جنحة إلى جناية .

الظروف المشددة الخاصة والظروف المشددة العامة

بعض الظروف المشددة ينحصر نطاقه فى جريمة أو جرائم قليلة كسبق الإصرار الذى يقتصر نطاقه على جرائم القتل أوالجرح أو الضرب أو إعطاء مواد ضارة وهذه هى الظروف المشددة الخاصة . وبعض الظروف المشددة عام يتسع نطاقه لجميع الجرائم أو أغلبها .

إثبات السوابق

تقديم :

بما أن العود يفترض أن الشخص سبق الحكم عليه بالإدانة من أجل جريمة سابقة لذلك إذا لم يكن هناك حكم سابق صدر على الشخص منتجاً لآثاره فلا مجال للحديث عن العود ولذا يتعين معالجة كيفية إثبات السوابق لمعرفة إذا كان قد صدر حكم على الشخص المرتكب لجريمة لتقرير ما إذا كان عائداً من عدمه .

ويقع إثبات سوابق المتهم على عاتق سلطة الإتهام لأن الأصل فى المتهم الا سوابق له ومن المتعذر عملاً إثبات السوابق بالبحث فى سجلات

المحاكم المختلفة واستخراج صور من الأحكام النهائية الصادرة ضد المتهم إن وجدت **لهذا أنشىء قلم السوابق التابع لإدارة تحقيق الشخصية بدكريتو صادر في** ١٨ من فبراير سنة ١٩٨٥ وهو منظم حالياً بقرار صادر منذ ٢ أكتوبر سنة ١٩١١ عدل بجملة قرارات أحدثها صادر في ٥ مايو سنة ١٩٥٥ .

وطبقاً للمادة الأولى من هذا القرار الأخير يجب على النيابة أن ترسل إلى **قلم السوابق صحفاً وفيشات عن أحكام الإدانة الصادرة من أية محكمة جنائية في جميع الجنايات وجميع الأحكام الصادرة في الجنح بالحبس لمدة سنة أو أكثر .**

وكذلك الأحكام الصادرة بأية عقوبة في جنح معينة ذكرتها المادة لها أهميتها الخاصة التي **تقتضي الإحاطة بالأحكام الصادرة فيها للتعرف على ماضي المتهم ،** مثل السرقات والشروع فيها وإخفاء الأشياء المتحصلة منها ، والحصول بالتهديد على أي مبلغ من النقود أو أي شيء آخر والشروع في ذلك ، **والتزوير وهتك العرض** والتحريض على الفسق والفجور ، ودخول المساكن بقصد ارتكاب جريمة فيها وإتلاف المزروعات وقتل الحيوانات والإضرار بها كبيراً والشروع في ذلك والفعل الفاضح العلني ... والقتل الخطأ والتشرد والاشتباه وإحراز سلاح .

وعلى النيابة أن ترسل إلى قلم السوابق المحلي صوراً من صحف الأحكام الآنف بيانها فضلاً عن الأحكام الصادرة في الجنح الأخرى عدا بعض جنح قليلة لا ترسل عنها صحف مثل تلك **المتعلقة بالقوانين الزراعية أو الخاصة بمكافحة الأمية أو بشأن المواليد والوفيات وكذلك** الأحكام التهذيبية في جرائم الأحداث .

ويجري تحقيق شخصية المحكوم عليهم على طريقة مضاهاة بصمات الأصابع فضلاً عن الأوصاف الجسمانية طبقاً للطريقة التي وضع أسسها الدكتور بريتون منذ سنة ١٨٧٠ .

وتعتبر مضاهاة بصمات الأصابع ضمانة كافية للحيلولة دون الخطأ أو الخلط بين أشخاص المحكوم عليهم ، حتى عند انتحال اسم كاذب أو شخصية غير صحيحة ، فقد ثبت أن هذه البصمات لا تتماثل أبداً .

لكن الخطأ المادي في إدراج السوابق أو في ذكرها في الصحيفة محتمل ، فإذا أنكر المتهم السوابق الواردة في صحيفة سوابقه كانت أضمن الوسائل للتثبت من حقيقة إنكاره أن تستخرج صور من نفس الأحكام المسندة إليه في صحيفته للتحقق من البيانات المدرجة بها عن اسم المحكوم عليه وشهرته وسنه ومكان ميلاده ومهنته بالإضافة إلى بيان المحكمة التي أصدرت الحكم وتاريخ صدوره والعقوبة المحكوم بها والجريمة التي اقتضت توقيعها والنص الذي حكم بمقتضاه والسوابق سرية فلا يجوز إعطاء شهادات عن الأحكام المحفوظة صحفها بقلم السوابق إلا بناء على طلب السلطة القائمة برفع الدعوى العمومية ، أو بالتحقيق في أية مسألة جنائية (م ٩ ، ١٠ من قرار ٥ مايو سنة ١٩٥٥) . أو بناء على طلب المحكوم عليه أو طلب سلطة عامة (م١٢) .

المبحث الثاني

المطلب الأول

العود البسيط وصوره

صور العود وآثاره :

لا يتطلب العود فحسب توافر حكم سابق انعقدت له الشروط التى ذكرناها وبيناها على التفصيل السابق فقط .

بل يتطلب فى الجانى السقوط من جديد فى هاوية الجريمة بصور من الصور التى أرادها التشريع شرطاً لتشديد العقاب .

وهى قد تستمد من نوع الجريمة ، أو من تاريخ وقوعها ، ومن عدد الأحكام السابقة أو من غير ذلك من الإعتبارات .

وهناك عدة صور للعود العام وهو لا يتطلب أكثر من عودة الجانى إلى ارتكاب أية جريمة جديدة ، حتى لو لم تكن من نفس نوع الجريمة السابقة .

حين يتطلب العود الخاص درجة من التماثل أو التشابه بين الجريمتين السابقة واللاحقة . ومن هذه الصور العود المؤبد وهو لا يتطلب أكثر من عودة الجانى إلى ارتكاب جريمة جديدة مهما كان الفاصل الزمنى بعيداً بينها وبين الحكم السابق .

حين يتطلب العود المؤقت درجة من التقارب الزمنى بين الحكم السابق والجريمة اللاحقة . ومنها العود البسيط وهو لا يتطلب أكثر من عودة الجانى إلى ارتكاب جريمة جديدة بعد حكم سابق ، حين يتطلب العود المتكرر أو المركب ارتكاب جريمة جديدة بعد حكمين سابقين أو أكثر طبقاً للنظام الذى قد يراه الشارع .

ومن ثم فالعود إما عام أو خاص ، وإما مؤبد أو مؤقت ، وإما بسيط أو مركب .

والتدخل بين هذه الصور متصور للعود قد يكون عاماً وفى نفس الوقت مؤبداً أو بسيطاً ، أو خاصا وفى نفس الوقت مؤبداً أو مؤقتاً ، وبسيطاً أو متكرراً وهكذا .

وللعود فى التشريع المصرى صور متعددة ترجع كلها إلى أحد نوعين رئيسيين : بسيط أو متكرر .

ويرى الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى أن العود المتكرر قد يكشف عن اعتياد على الإجرام وفى هذه الحالة يستبعد الشارع العقوبة ويستبدل بها تدبيراً احترازى هو الإيداع فى إحدى مؤسسات العمل (مادة ٥٢ ، ٥٣ المضافتان بالقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩١٧) وتفسير الإختلاف بين نوعى العود أن الشارع يرى فى العود البسيط الدلالة على عدم ارتداع المتهم بالعقوبة المقررة أصلاً للجريمة فيكتفى بتوقيعها مع زيادة مقدارها ولكنه يرى فى العود المتكرر احترافاً لنوع من الجرائم .

كما يرى أن الإعتياد على الإجرام كاشف عن خطورة إجرامية على المجتمع وفى الحالتين تكون العقوبة غير كافية . ومن ثم يجب أن تحل محلها عقوبة من نوع مختلف أو يحل محلها تدبير احترازى .

المطلب الأول

الفرع الأول

صور العود البسيط

تقديم :

يتطلب العود البسيط الرجوع إلى ميدان الجريمة بعد سبق الحكم على المتهم نهائياً بالإدانة ولو مرة واحدة

فحسب ويعرف تشريعنا **صور ثلاث للعود البسيط .**

وللعود دلالة إجرامية وعقابية تتمثل فى أنه أحد المشاكل الهامة والحادة معاً فى السياسة الجنائية الحديثة فمجالات العود البسيط عديدة والعائدون من أخطر المجرمين كما أن العود البسيط نواه للعود المتكرر والإعتياد على الإجرام .

وأهم أسباب العود هى الأسباب العامة للإجرام ثم سوء نظام السجون وما تتيحه من اختلاط سيء بين النزلاء ثم العقبات التى يصادفها المفرج عنه عندما يحاول استرداد مكان شريف فى المجتمع .

ومن الأسباب التى لا يمكن إهمالها أن العائد يواجه فى جرائمه مقاومة نفسية أقل من غيره الذى لم يسبق له ارتكاب جريمة من قبل أى المبتدىء .

وتتجه التشريعات الحديثة إلى معالجته عن طريق التشديد من العقاب ولا يستند التشديد إلى أن الجريمة التى يرتكبها العائد أشد جسامة مما لو كان ارتكبها غير العائد فالجريمة من حيث ماديتها ، وما يترتب عليها من ضرر وما يقع عليها من وصف غير مشروع لا تختلف باختلاف ما إذا كان مرتكبها عائد أو مبتدىء وإنما يستند التشديد إلى ما يدل عليه العود من إصرار ومثابرة على السير فى طريق الإجرام وما ينطوى عليه ذلك من استهانة بالإنذار القضائى فى صورة الحكم بالعقاب وبذلك يعنى إرادة عنيدة فى العائد .

ويعنى أيضاً أنه خطر ويخلق احتمال إقدامه على جرائم تالية وأهمية هذا التحديد لعلة التشديد هى اعتبار العود سبب تشديد شخصى بحت لا يغير من اسم الجريمة أو حكمها فى القانون .

المذاهب التشريعية فى العود

تنازع الشارع فى تحديد أحكام العود البسيط اتجاهات متعددة عليه أن يرجع أو ينسق بينها وهذه الإتجاهات تتناول موضوعات ثلاثة :

أولها : هو تحديد ما إذا كان العود يعتبر حالة مؤبدة أو حالة مؤقتة .

والثانى : هو المفاضلة بين العود العام والعود الخاص .

والثالث : هو البحث فيما إذا كان التشديد للعود جوازياً أو وجوبياً .

الإتجاه الأول : اعتبار العود حالة مؤبدة يعنى أن المتهم يعتبر عائداً أياً كان الزمن الفاصل بين الحكم السابق والجريمة التالية ، أما اعتباره حالة مؤقتة يقتضى اشتراط ارتكاب الجريمة التالية فى خلال فترة محددة تحسب من تاريخ هذا الحكم أو من تاريخ انقضاء تنفيذ العقوبة التى قضى بها فإذا كان ارتكابها بعد مضى هذه الفترة فلا يعتبر العود بذلك متحققاً ، ولكل الإتجاهين أنصاره فأنصار اعتبار العود حالة مؤبدة يحتجون بأن سنده هو الإصرار على الإجرام . وهذا الإصرار حالة نفسية لا يرد عليها تقادم فإن اتصف بها شخص ظلت إلى الأبد لاصقة به .

ويرى الدكتور محمود حسنى أن الحق مع القائلين باعتبار العود حالة مؤقتة ذلك أن الإصرار على الإجرام لا يمكن استظهاره الا كانت الجريمة التالية متقاربة زمناً مع الحكم السابق إذ يسوغ عندئذ القول بأن ذلك الحكم وما يعبر عنه من إنذار كان ماثلاً

أمام المجرم حين ارتكب جريمته التالية ومع ذلك لم يبالي به (٩) .

أما إذا كان قد مضى عليه زمن طويل فإن تأثيره عليه يتضائل بل وقد يزول فلا ينسب إليه **ذلك الإصرار على الإجرام** .

وغني عن البيان أن مدة تاقيت العود ينبغي أن تطول كلما أدت العقوبة التي قضى بها الحكم جسامة. إذ العقوبة الشديدة يمتد أثرها على النفس خلال زمن أطول وقد تبنى الشارع المصرى مذهب تأبيد العود إذا كان الحكم السابق قد قضى بعقوبة جنائية ، وتاقيته إذا كان قاضياً بعقوبة جنحة .

الإتجاه الثاني : أما المفاضلة بين العود العام والعود الخاص فيتجه إلى البحث فيما إذا كان من الجائز اعتبار العود متحققاً ولو اختلفت الجريمة التالية .عن الجريمة التي صدر من أجلها الحكم السابق .

أم أن من الأصوب اشتراط تماثلها أو على الأقل انتمائها إلى فئة واحدة من الجرائم تجمع بينها صلة من التماثل تقوم على وحدة الباعث أو اتحاد الحق موضوع الإعتداء .

فالقائلون بفكرة العود العام يحتجون بأن أساس العود هو الإصرار على الإجرام سواء أكانت الجريمة التي يقوم عليها العائد متماثلة أم مختلفة .

إذ في الحالتين تتوافر إرادة الإجرام ويتحقق عناءها ومثابرتها . بل قد يكون الشخص الذي يعتدى لا يبالي بنوع الحق الذي يتعرض لاعتدائه مهما كان نوعه أشد خطورة من الشخص الذي يحصر اعتداءاته على نوع معين من الحقوق إذ هو أكثر منه جرماً .. أما القائلون بمذهب العود الخاص فيحتجون لذلك بأن تخصص المجرم في نوع معين من الجرائم هو الذي يفسر سوء ظن الشارع بالعائدين . والحقيقة أن التخصص ليس **من عناصر العود** وإن كان لا شك يجعله أشد خطورة ، فأساس العود هو الإصرار على الإجرام سواء اقترن بالتخصص أم تجرد منه ولذلك فقد يكون الأدنى إلى الصواب اعتبار العود عاماً ثم جعل التخصص مبرراً لمزيد من التشديد أو اشتراط العود الخاص إذا كانت العقوبة السابقة يسيرة فيكون في الخطورة المتفرعة عن التخصص ما يعطيها الأهمية التي تجعلها تصلح أساساً للعود .

ولقد جمع الشارع المصرى بين النوعين معاً فاكتفى بالعود العام إذا كان الحكم السابق قاضياً بعقوبا جناية أو بالحبس مدة سنة أو أكثر .

وتطلب العود الخاص إذا قضى ذلك بالحبس أقل من سنة أو بالغرامة .

الإتجاه الثالث : وعن البحث فيما إذا كان من الملاءم أن يكون التشديد وجوبياً أو جوزاياً نلاحظ أن ميزة جعله وجوبياً هي ضمان أن ينال العائد التشديد الذي يستحقه ثم إسباغ طابع من الصرامة على نصوص القانون الخاص بالعود بما يكفل ردع المجرمين عن الإصرار على طريق الإجرام . ولكن ميزة جعل التشديد جوازياً هي إتاحة السبيل للتفريد القضائي وتمكين القاضي من استعمال سلطته التقديرية على الوجه الملائم لظروف المتهم فقد يكون من بين العائدين من تدل ظروف عوده على التورط في طريق الإجرام لا الإصرار عليه فيستحق لذلك معاملة أقل تشدداً .

وقد تبنى الشارع المصرى التشديد الجوازى .

الصورة الأولى

يعتبر عائداً من حكم عليه بعقوبة جناية وثبت ارتكابه جناية أو جنحة (الفقرة أولاً من المادة ٤٩) .

فهذه الصورة تتطلب أن يكون الحكم السابق بعقوبة جناية . أى أن يكون بالإعدام (إذا فر المتهم فتقادمت العقوبة ومضى ثلاثون عاماً وتعذر تنفيذها ، أو إذا صدر عفو عنها أو إذا ارتكب جريمته الجديدة قبل تنفيذها) . أو بالأشغال الشاقة بنوعيها ، أو بالسجن . أما إذا كان الحكم السابق بعقوبة جنحة فلا يدخل في هذه الصورة ، ولو كان قد صدر في واقعة تعد بحسب أصلها جناية ، فالعبرة في أحكام العود هي كما قلنا بنوع العقوبة السابق الحكم بها ، لا بنوع الواقعة المحكوم بها .

أما بالنسبة للجريمة الجديدة فلا يلزم فيها أى شرط سوى أن تكون جناية أو جنحة من أى نوع كانتا ، وفى أى تاريخ وقعتا ، فهذه الصورة الأولى تمثل عوداً **عاماً** على كافة الجنايات والجنح وغير محدود بمدة معينة فهى كانت تمثل عند وضعها عوداً عاماً ومؤبداً .

ولكن بعد إدخال نظام رد الإعتبار القانونى فى قانون الإجراءات الحالى رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ (م ٥٥٠ إلى ٥٥١) لم يعد هناك عود مؤبد **فى تشريعنا المصرى** .

وأصبحت كل صور العود حتى هذه الصورة الأولى مؤقتة . فالحكم السابق ولو كان بعقوبة جناية تزول آثاره حتماً لأن رد الإعتبار عن السابقة القديمة يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون بعد ست سنوات من تاريخ تنفيذها أو العفو عنها ، أو اثنتى عشر سنة إذا كان الحكم قد اعتبره كاستمرار سقطت العقوبة بمضى المدة بحسب الأحوال ، ومن تاريخ انقضاء العقوبة أو سقوطها بمضى المدة ولو كانت عقوبة جناية . فلا يمكن احتساب هذا الحكم سابقة فى أية صورة من صور العود بعد انقضاء هذه المدة (١٠) .

الصورة الثانية

يعتبر عائداً من حكم عليه بالحبس مدة سنة أو أكثر ، وثبت أنه ارتكب جنحة قبل مضى خمس سنين من تاريخ انقضاء هذه العقوبة أو من سقوطها بمضى المدة (الفقرة ثانياً من المادة ٤٩) .

فهذه الصورة تتطلب أن تكون الجريمة الجديدة جنحة وقضت قبل مضى خمس سنين من تاريخ انقضاء العقوبة السابقة إذا كانت قد نفذت أى من تاريخ انتهائها الفعلى لا من تاريخ الإفراج الشرطى ولا من تاريخ انقضاء مراقبة البوليس إذا كان قد حكم بها كعقوبة تكميلية للحبس (١١) .

وتحتسب مدة الخمس سنوات من تاريخ تقادم العقوبة السابقة ، إذا لم تكن قد نفذت لمثل هرب المتهم .

ولا يلزم أى تماثل أو تشابه بين نوع الجريمة الجديدة ، ونوع الجريمة التى كانت موضوع الحكم السابق .

فالعود فى هذه الصورة الثانية عام ، ولكنه مؤقت بفترة محددة هى خمس سنوات تحتسب بالتقويم الميلادى (١٢) .

ويلزم أن تكون الواقعة الجديدة جنحة دائماً .

الصـورة الثـالثـة

يعتبر عائداً من حكم عليه بجناية أو جنحة بالحبس لمدة أقل من سنة واحدة ، أو بغرامة ، وثبت أنه ارتكب جنحة مماثلة للجريمة الأولى قبل مضى خمس سنين من تاريخ الحكم المذكور (الفقرة الثالثة من المادة ٤٩) .

فهذه الصورة تتطلب أن يكون الحكم السابق **بالحبس لمدة أقل من سنة . سواء فى جنحة ، أم فى جناية** تتوافر لها أحد الإعذار القانونية أو الظروف القضائية المخففة . أو أن يكون بالغرامة أياً كان مقدارها ، ما دامت الواقعة **جنحة وليست مخالفة .**

كما تتطلب أن تكـون الجريمة الجديدة جنحة وقعت قبل مضى خمس سنين من تاريخ الحكم السابق لا من تاريخ انقضاء العقوبة ولا من سقوطها بمضى المدة وأن تكون هذه الجنحة مماثلـة للجريمة الأولى أى من نفس فضيلتها أو نوعها ، فلا تتحقق هذه الصورة الثالثة من العود إذا لمَ يتوافر هذا التماثل .

ويحسب نفس المادة ٤٩ فى فقرتها الأخيرة « تعتبر السرقـة والنصب وخيانـة الأمانة جنحاً متماثلة فـى العود . وكذلك يعتبر العيب والإهانة والسب والقذف جرائم مماثلة » . وهذا البيان وارد فى عجز المادة ٤٩ على سبيل المثال لا الحصر ، ومن فإن كل الجرائم التى من فصيلة واحدة تعتبر متماثلة فيما بينها ، ولو كانت غير واردة فيه .

ولذا يعتبر إخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة مماثلاً للجريمة التى عـن طريقها تم الحصول على هذه الأشياء ، ومماثلـة بالتالـى للسرقـة والنصب وخيانـة الأمانة .

كما يعتبر البلاغ الكاذب وإفشاء الأسرار مماثليـن لجرائم المساس بالإعتبـار الأخرى كالقـذف والسب . وتعتبر جرائم المساس بسلامة جسم المجنى عليه كالقتل والضرب والجرح متماثلة فيما بينها ، كما تعتبـر جرائـم التخريب والتعييب والإتلاف متماثلـة فيمـا بينهـا كـذلك وهكذا ... .

وتعتبر **الجريمة التامـة مماثلة للشروع فيها** ، كما يعتبر الفعل الأصلى **متماثلاً للإشتراك فيه .**

ويلزم هنا أيضاً فى هذه الصورة الثالثـة أن تكـون الواقعـة الجديـدة جنحـة لا جناية .

آثار العـود البسيط

إذا توافرت إحدى حالات العود البسيط رتب المشرع على ذلك جواز تشديد العقوبة المقررة للجريمـة الجديـدة ويلاحظ أن مجرد الشك فى صحيفـة الحالـة الجنائيـة لاختلاف الأسماء لا يصلح لاستبعادها ما دام أنه كان فى مقدور المحكمة أن تتحقق من كون السابقة للمتهم أو لبست له عن طريق فحص البصمات وهى الطريقة الفنية التـى تستخدمهـا إدارة تحقيـق الشخصية فى إدراج سوابق المجرمين وفى الكشف عن هذه السوابق (١٣) .

ولقد نصت المادة ١/٥٠ عقوبات علـى أنـه يجـوز للقاضى فـى حالـة العـود المنصوص عنه فى المادة السابقة أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد .

وعليه فقد **أجاز المشرع التشديد** فى حالة العود البسيط **بما يجاوز الحد الأقصى** المقرر قانوناً للجريمة الجديدة **بشرط عدم مجاوزة** ضعف هذا الحد ومعنى ذلك أن القاضى إذا رأى التشديد للعود أن يحكم بعقوبة تقع ما بين الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة وبين ضعف هذا الحد الأقصى .

لذلك إذا تحققت إحدى صور العود البسيط الواردة فى المادة ٤٩ جاز للقاضى أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة ، بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد .

ومع هذا لا يجوز فى أى حال من الأحوال أن تزيد مدة الأشغال الشاقة أو السجن **على عشرين سنة (م ٥٠) .**

والتشديد جوازى للمحكمة ، فلها إذا شاءت أن تتجاوز عن ظرف العود وتحكم بعقوبة مناسبة تختارها بين الحدين الأدنى والأقصى للعقوبة الأصلية .

ولها أيضاً أن تجاوز الحد الأقصى للعقوبة الأصلية عند توافر العود البسيط **بشرط عدم تجاوز ضعفه فى الجنح .**

فمثلاً إذا كان الحد الأقصى للجنحة هو الحبس لمدة سنة كان للمحكمة أن تحكم **فى حدود الحد الأقصى دون أن تتجاوز به مدة سنتين ،** وإذا كان هذا الحد الأقصى لمدة ثلاث سنوات كان للمحكمة أن تحكم به **لمدة ست سنوات** ، ومع مراعاة أن الحد الأقصى للحبس لا يتجاوز **ست سنوات عند العود وكذلك عند تعدد الجرائم .**

ويشترط ألا تزيد فى الجنايات مدة الأشغال الشاقة أو السجن على عشرين سنة (بدلاً من ١٥ سنة فقط وهو الحد الأقصى العادى) (١٤) .

ولا يؤثر العود فى الحد الأدنى للعقوبات .

والعود البسيط فى بعض الجنح قد يسمح ، **فضلاً عن تجاوز الحد الأقصى ، بتوقيع عقوبة تكميلية لا يمكن توقيعها على المتهم المبتدىء .**

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٣١٠ من أن **المحكوم عليهم بالحبس لسرقة يجوز فى حالة العود أن يوضعوا تحت مراقبة البوليس مدة سنة على الأقل أو سنتين على الأكثر .**

وقد وردت نفس العقوبة فى المادة ٢/٣١٦ بالنسبة لحالة العود إلى النصب (١٥) .

هذا إلى أن الأحكام الصادرة بالحبس على متهم عائد تكون واجبة التنفيذ فوراً ولو مع حصول استئنافها ، إلا إذا قدم المتهم كفالة بعينها القاضى وجوباً فى حكمه (م ٦٤٣/ إجراءات) .

المطلب الثانى

العود المتكرر

القرع الأول :

شروط العود المتكرر فى التشريع الجنائى المصرى كصورة للعود الخاص

المطلب الثانى :

العود المتكرر

تعريف العود المتكرر : العود المتكرر هو حالة الشخص الذى تعددت أحكام الإدانة

الصادرة ضده من أجل نوع معين من الجرائم ارتكب جريمة تالية تنتمي إلى النوع ذاته ويحدد الشارع عدد أحكام الإدانة التي يتعين صدورها ونوع الجرائم التي تصدر من أجلها .

الفـرع الأول :

شروط العود المتكرر في التشريع الجنائي المصري كصورة للعود الخاص

يعرف التشريع المصري صورة معينة من صور العود المتكرر وردت في المادتين ٥١ ، ٥٤ تتميز بأنها تمثل في نفس الوقت صورة لعود خاص وتتطلب هذه الصورة اجتماع أربعة شروط على النحو الآتي :

أولاً : توافر إحدى صور العود البسيط

لا يمكن أن يتحقق العود المتكرر في القانون المصري إلا إذا توافرت ابتداء إحدى الصور الثلاث للعود البسيط التي سبقت .

فالعود البسيط هو السبيل الأوحد الذي يؤدي لصاحبه إلى العود المتكرر إذا توافرت شروطه الأخرى . وبالتالي لا يمكن تطبيق إحدى المادتين ٥١ و ٥٤ على الجاني بحسب الأحوال إلا إذا انطبقت أولاً المادة ٤٩ بإحدى فقراتها الثلاث .

أو بحسب محكمة النقض يشترط لاعتبار المتهم عائداً في حكم المادة ٥١ أن يكون عائداً بمقتضى قواعد العود العامة المنصوص عليها في المادة ٤٩ (١٨) .

ثانيا : توافر عدد معين من السوابق :

يميز العود المتكرر عن العود البسيط انه يلزم فيه توافر عدد معين من السوابق حين تكفي هناك سابقة واحدة فحسب .

وهذا العدد يتمثل في عقوبتين مقيدتين للحرية كلتاهما لمدة سنة على الأقل أو في ثلاث عقوبات مقيدة للحرية احداها على الأقل لمدة سنة .

وذلك بصرف النظر عن تاريخ تلك الأحكام مادام لم يرد للمتهم اعتباره القانوني أو القضائي .

ويلزم فيها بداهة كل مايلزم توافره من شروط في الأحكام التي تحتسب سوابق في العود ، والتي بيناها في هذا البحث .

ثالثا : أن تكون السوابق في جرائم معينة :

١ - وهذه الجرائم طبقا للمادة ٥١ هي جرائم السرقة أو اخفاء الأشياء المسروقة أو النصب أو خيانة الأمانة او التزوير أو الشروع في هذه الجرائم جنحا كانت أم جنايات .

٢ - وهذه الجرائم طبقا للمادة ٥٤ هي جنح قتل الحيوانات من دواب الركوب أو الجر أو غيرها من انواع المواشي بغير مقتضى ، أو الأضرار بها ، أو اسم هذه الحيوانات أو الاسماك (م ٣٥٥) وجنايات ارتكاب هذه الجرائم نفسها ، ويتحقق ذلك اذا وقعت ليلا (م ٣٥٦) .

وجنح اتلاف زرع وغير محصود او شجر ، أو غيط مبدور أو اقتلاع شجرة أو أكثر ... (م ٣٦٧) وجنايات ارتكاب هذه الجرائم نفسها .

ويتحقق ذلك اذا وقعت ليلا من

ثلاث اشخاص أو من شخص واحد أو اثنين يحمل واحد منهما بالأقل سلاحا (م ٣٦٨) .

وقد رسم الشارع صورة العود المتكرر لهاتين الفئتين من الجرائم على اساس انها كثيرة الوقوع من جناه يتمادون احيانا في ارتكابها الى المدى الذي يصبح نوعا من الاحتراف ، ولهذا قصر عليهما العود المتكرر بما يخوله للقاضي من سلطة الحكم بعقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة من سنتين الى خمس سنوات بدلا من الحكم بالعقوبة الأصلية أو التشديد العادى الذى يسمح به العود البسيط .

رابعا : أن تكون الجريمة الجديدة من نفس النوع :

يشترط اخيرا ان تكون الجريمة الجديدة من نفس النوع الذى كان محلا لسوابق المتهم وتعتبر جرائم الفئة (١) التى ذكرت في ثالثا كما بيناها كلها من نوع واحد وكذلك جرائم الفئة (٢) بغير تداخل بين جرائم الفئتين .

كما يراعى أن تكون الجريمة الجديدة جنحة دائما أما السوابق الماضية فيستوى أن تكون فى جنح أم فى جنايات .

وقد استلزمت المادة ٥١ صراحة أن تكون الجريمة الجديدة جنحة . كما استلزمت ذلك المادة ٥٤ عندما خصت بالذكر جرائم المادتين ٣٥٥ ، ٣٦٧ وكلها جنح . وهذا الشرط الأخير متصل فى الواقع بخاصية مشتركة بتجمع بين كل صور العود البسيط والمتكرر فى التشريع المصرى هذه الخاصية هى أن العود فى كل صوره قد يكون من جناية الى جنحة (كما فى المادة ١/٤٩) أى أن تكون السابقة القديمة فى جناية والجريمة الجديدة أيضا عبارة عن جناية أو جنحة . كما قد يكون من جنحة الى جنحة (كما فى المادة ٤٩ ، ٢١ ، ٣ ، ٥٤) وانما لا يكون ابدا من جنحة الى جناية فاذا كان الحكم السابق فى جنحة (وقضى فيها بالتالى بعقوبة الجنحة) وكانت الجريمة الجديدة بطبيعتها جناية فلا تتحقق أية صورة من صور العود البسيط ولا المتكرر لأن عقوبة الجناية اشد بطبيعتها من عقوبة الجنحة والمحكمة فى نطاق عقوبة الجناية المقررة بطبيعتها للواقعة الجديدة من الحرية ما يسمح لها بالتشديد الى المدى الذى تراه مناسبا لجسامة الواقعة الجديدة من جهة ولخطورة مرتكبها من جهة أخرى بغير ما حاجة للاستعانة باحكام التشديد للعود البسيط ولا المتكرر .

العود المتكرر والاعتياد على الأجرام :

الاعتياد على الاجرام هو حالة من توافرت لديه شروط العود المتكرر وثبتت بالاضافة الى ذلك خطورته الاجرامية أى احتمال اقدامه على ارتكاب جريمة تالية .

واوضح مثال للمجرم المعتاد المجرم المحترف أى الذى يعتمد على الجريمة فى كسب عيشه وينظر اليها كما ينظر كل ذى مهنة الى مهنته ولكن فكرة المجرم المعتاد اوسع نطاقا من فكرة المجرم المحترف فقد لا يكون الاعتياد وليد الاحتراف وانما ثمرة ضعف الارادة او وليد الوسط السيء او النهج المعوج فى الحياة .

ويقابل المجرم المعتاد ويقف منه على طرف نقيض المجرم بالصدفة أو بالمصادفة وترجع فكرة المجرم المعتاد الى ملاحظة أن بعض المجرمين يصرون على طريق الجريمة اصرارا شديدا

فلا تفلح فى تهديدهم عقوبات عديدة يقضى بها عليهم بل ان الواحد منهم يخرج من السجن اشد اصرارا على الجريمة من يوم أن ادخل فيه وقد وجه ذلك الأذهان الى امرين :

الاول : ان هذا النوع من المجرمين صنف خاص يتميز من حيث خصائص اجرامه واسبابه عن المجرمين العاديين .

الثانى : ان العقوبة اسلوب غير مجد فى مواجهة هذا الاجرام اذ ان توقيعها لم يحل دون الاصرار عليه ومن ثم تعين غير محدوده فيكون فى ذلك الضمان فى الا يعود المجرم المعتاد الى المجتمع الا بعد أن تزول خطورته باستئصال الميل الاجرامي .

نطاق العود المتكرر :

بحصر الشارع نطاق العود المتكرر فى مجموعتين من الجرائم الاولى هى :

١ - جرائم للاعتداء على المال التى يدفع الى ارتكابها الطمع فى مال الغير كالسرقة أو الشروع فيها .

٢ - هى بعض جرائم الاعتداء على المال الذى يدفع الانتقام الى ارتكابها وهى مثل الحيوانات واتلاف المزروعات .

وكل مجموعة مستقلة عن الاخرى . فيتعين أن تكون العقوبات المتعددة التى حكم بها على المتهم من أجل جرائم تدخل فى نطاق احدى المجموعتين وأن تكون الجريمة التالية منتمية الى المجموعة ذاتها فان انتمت الى المجموعة الاخرى فلا يتوافر العود المتكرر .

نطاق الاعتياد على الأجرام :

حصر الشارع نطاق الاعتياد على الاجرام فى المجموعة الاولى من الجرائم فحسب فلا مجال له بالنسبة لجرائم المجموعة الثانية ويعلل ذلك بان جرائم المجموعة الاولى هى التى يغرى ارتكابها بالاعتياد عليها بل واحترافها وذلك لانها تغل كسب مادى مما قد يجعل الاعتماد عليها كمورد لكسب غير المشروع .

ولقد نصت على احكام الاعتياد على الأجرام المادتان ٥٢ ، ٥٣ عقوبات ويتضح من ذلك ان شروط الاعتياد على الاجرام هى تعينها شروط العود المتكرر التى سلفت **مضاف اليها** شرط جديد هو الخطورة الاجرامية للمتهم وهذه الخطورة كما بين الشارع هى (الاحتمال منها القاضى القول بتوافر الخطورة فذكر انها ظروف الجريمة وبواعثها وان يفحص احوال المتهم وماضيه لكى يستخلص من كل ذلك مدى توافر الاحتمال السابق ومؤدى ذلك ان القاضى يتمتع بسلطة تقديرية فى استخلاص ذلك الاحتمال .

واشارة الشارع الى (احوال المتهم) هى اشارة الى شخصيته الاجرامية وهو ما يفترض (الفحص السابق) الذى يقوم به خبراء مخصصون يقدمون نتائج فحصهم الى القاضى كى

يستعين بها فى تحديد معالم الشخصية الاجرامية للمتهم

وقد اشار الشارع كذلك الى (الماضى الاجرامى للمتهم) ويعنى به عدد احكام الادانة السابقة ضده فيما يزيد عن القدر الادنى الذى يتطلبـه القانون .

فكلما زاد عدد هذه الاحكام وكلما اسرع النشاط الاجرامى فى التلاحق فكانت المـدة الفاصلة بين كل جريمة والتى تليها قصيرة كان ذلك قرينة على الاعتياد ويعتبر تاريخ الابتداء فى النشاط الاجرامى من هذه القرائن كذلك فالمجرم المعتاد يبتدىء نشاطه فى الغالب فى سن مبكرة .

حالة خاصة من الاعتياد على الأجرام

نصت المادة (٥٣ ع) اذا سبق الحكم علـى العائـد بالاشغال الشاقة عملا بالمادة ٥١ من هذا القانون او باعتباره مجرما اعتاد الاجـرام ثـم ارتكب فى خلال سنتين من تاريخ الافراج عنه جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى تلك المادة حكمت المحكمة بايداعه احدى مؤسسات العمل المشار اليها فى المادة السابقة الى ان يأمر وزير العدل بالافراج عنه بناء على اقتراح ادارة االمؤسسة وموافقة النيابة العامة . ولا يجوز ان تزيد مدة الايداع فى هذه الحالة على عشر سنوات .

ولتطبيـــق هــذه المـــادة مجالان :

المجال الأول : ان يكون قد حكم على العائد بالاشغال الشاقة تطبيقا للمـادة ٥١ عقوبات مما يعنى ان شروط العود المتكرر قد توافرت لديه .

المجال الثانى : فهو ان يكون قد سبق اعتياده مجرما اعتاد الاجرام وحكم بايداعه فى احدى مؤسسات العمل تطبيقـا للمـــادة (٥٢ ع) ويفترض ذلك توافر شروط العود المتكرر بالاضافة الى الخطورة الاجرامية .

ونلاحظ ان الشارع لـم يتـطلب اثبـات الخطــورة الاجرامية فى حالة ما اذا كان المحكوم عليه قد سبق الحكم عليـه بالاشغـال الشاقــة ، ومؤدى ذلك انه قد افترض هذه الخطورة افتراضا لايقبل اثبات العكس . ويبرر هذا الافتراض ان عدم ارتداع المتهم بعقوبة الاشغال الشاقة قرينة على خطورته .

والاثر المترتب على توافر الشروط التى حددتها م ٥٣ ع هو ايداع المجرم احـدى مؤسسات العمل ايداع غير محدد المدة ولكـن الشارع وضع له حدا اقصى هو عشر سنوات وهو مرتفع عن الحد الاقصى الذى نصت عليه المادة ٥٢ ع وقد رأى فى ذلك أن المجـرم العائـــد اشد خطورة .

الفرع الثانى اثار العود المتكرر اذا تحققت صورة العود المتكرر المبينه بالماده ١٥١ و٥٤ فالقاضى ان يحكم على المتهم بالاشغال الشاقه من سنتين الى خمس سنين ،

بدلا من الحكم بالعقوبـات العاديه أو بالعقوبات المقرره فى حاله العود البسيط .

ولما كانت كل أحوال العود المتكرر تقترض فى نفس الوقت توافراحدى صور العود البسيط لذا يكون للقاضى هنا ايضا الخيار بين ان يحكم

بالعقوبه المناسبه بين الحدين الاقصى والادنى للعقوبـه الاصليه أو أن يشدد العقوبه بحيث لا تتجاوز ضعف حدها الاقصى الاصيل اذا شاء الاكتفاء بما هو مقرر بالماده ٥١ أو أن يحكم بعقوبـه الاشغال الشاقه من سنتين الى خمس سنين .

فكان له سلطة تقدير واسعه بين حد ادنى قد يصل الى الحبس لمده ١٤ ساعه وقد يكون مع وقف التنفيذ وبين حد اقصى قد يصل الى الاشغال الشاقه لمدة خمس سنيـن وتكون مع النفاذ وجوبيا وكل ذلك حسبما يقدره القاضى من عدد سوابق المتهم وخطورة احكامـه السابقه وجريمتـه اللاحقه .

هذا وقد يتعين توضيح اثر العود المتكرر فى نوع الواقعه وهل يؤدى الى تغيير وصف الجنحة إلى جناية تبعا لعقوبتها الجديدة أم لا .

وبحسب السائد فى احكام القضاء المصرى تعتبر الواقعه جنحه قبل الحكم فيها وتعتبر جنايه اذا حكم فيها فعلا بعقوبة الاشغال الشاقه واصبح الحكم نهائيا حائزا حجية الشيء المحكوم فيه لان جرائم العود المتكرر قلقة النوع بحسب تعبير محكمة النقض فتكون الواقعه جنايه أو جنحه بحسب نوع العقوبه المحكوم بهـا نهائيا .

عن الايداع فى احـدى مؤسسات العمل

نصت الماده ٥٢ (وكانت قد الغيت بالقانون رقم ٣٠٨ لسنـة ١٩٥٦ ثـم اضيـفت بالقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٠) على انه اذا توافر العود طبقا لاحكام الماده السابقه جاز للمحكمه بدلا من توقيع العقوبه المبنيه فى تلك الماده ان تقرر اعتبار العائد مجرما اعتاد الاجرام متى تبين لها من ظروف الجريمه وبواعثهـا ومن احوال المتهم وماضيه ان هناك احتمالا جديا لاقدامه على اقتراف جريمه جديده وهى هذه الحاله تحكم المحكمه بايداعه احدى مؤسسات العمل التى يصدر بانشائها وتنظيمها وكيفيه معامله من يودعون بها قرار من رئيس الجمهوريه وذلك الى ان يامر وزير العدل بالافراج عنه بناء على اقتراح اداره المؤسسه وموافقه النيابه العامه .

ولا يجوز ان تزيد مدة الايداع فى المؤسسه على ست سنوات ونصت الماده ٥٣ السابقه التى الغيت ثم اضيفت بالقانون ٥٦ لسنة ١٩٨٠ على انه اذا سبق الحكم على العا[ئد] بالاشغال الشاقه عملا بالما[ده] ٥١ من هذا القانون أو باعتبار[ه] مجرما اعتاد الاجرام ثـ[م] ارتكب فى خلال سنتين م[ن] تاريخ الافراج عنه جريمه م[ن] الجرائم المنصوص عليها ف[ى] تلك الحاله حكمت المحكم[ه] بايداعه احدى مؤسسات العم[ل] المشار اليها فى الماده السابق[ه] الى ان يامر وزير العد[ل] بالافراج عنه بناء على اقترا[ح] ادارة المؤسسه وموافقة النياب[ه] العامه .

ولا يجوز ان تزيد مد[ة] الايداع فى هذه الحاله عل[ى] عشر سنوات .

وعند توافر شروط الماد[ه] ٥٣ ينبغى على المحكمه ا[ن] تعنى ببحث قيام حالة العو[د] المتكرر أو عدم قيامها وعليه[ا] ان تبين سبب التفاتها ع[ن] اعمال حكمها فى حق المتهم ومتى توافرت شروط تطبيقه لان حكمها وجوبى علـى المحكمة فلا تملك فى ذلك سلطة تقديريه كما هو الشأن عند تطبيق الماده ٥٢ فاذا ل[م] تبين المحكمه سبب اغفالها حكم الماده ٥٣ كان حكمها مشوبا بالقصور [١٧] .

كما ينبغى ان يراعى هنا اعتبار هام وهو ان الماده ٥٢ الآنفة الذكر أشارت صراحة

الى ان مؤسسات العمل يصدر بانشائها وتنظيمها وكيفية من يودعون بها قرار من رئيس الجمهوريه وقد احالت الماده ٥٣ الى المؤسسات العمل المشار اليها فى الماده السابقه .

ويبدو انه لم يصدر بعد قرار جمهورى بانشاء مؤسسات العمل سالفة الذكر ومن ثم فان احكام المادتين ٥٢ ، ٥٣ تعتبران معطلتان عملا عن التطبيق لا ستحاله تنفيذها وتكون الماده ٥١ هى واجبة التطبيق اذا استوفت شرائطها الى ان يصدر القرار الجمهورى المشار اليه[١٨] .

والتشديد للعود فى جميع صوره شخصى بجت فهو ينصرف الى من يتصف به سواء اكان فاعلا اصليا للجريمه ام مجرد شريك فيها ولا يتعداه الى باقى مقترفيها .

المبحث الثالث :

خاتمه

مدى خضوع العود لرقابة النقض

تقدير توافر سابقه للمتهم أو اكثر مما قد يسمح تطبيق احكام العود عليه فصل فى مساله موضوعيه فلا يخضع لرقابة النقض الا فى الحدود العامه التى تراقب فيها هذه الاخيره كافة المسائل الموضوعيه وبوجه خاص سلامة التدليل على ثبوت السوابق واستنتاج هذا الثبوت بادله منطقيه سائغه تؤدى اليه سواء اكانت مستمده من صحيفة سوابق المتهم او من صور الاحكام السابقه بالاوراق ام من اعترافه بهذه السوابق .

اما تطبيق القانون على حالة المتهم بما يقتضى أعتباره عائد أم غير عائد فهو تطبيقه الحال فصل فى مساله قانونيه مما يخضع لرقابة النقض بشرط توافر مصلحة للطاعن من طعنه .

اذ قد يخطىء حكم الادانة فى تطبيق احكام العود فيعتبر المتهم عائدا حين انه لا يعد كذلك بحسب التطبيق التصحيح للقانون . فإذا أدى هذا الخطأ الى تجاوز الحد الاقصى للعقوبة المقررة اصلا للواقعة فتكون للمتهم مصلحة ولاشك فى الطعن بالنقض فى مثل هذا الحكم ويكون على محكمة النقض أن تصحح الخطأ بنفسها مستبعدة مادة العود المطبقة خطأ ومقدره للمتهم عقوبة مناسبة بعد استبعاد هذه المادة .

أما إذا لم تتجاوز محكمة الموضوع الحد الأقصى للعقوبة المقررة فى المواد المنطبقة على التهمة بغير عود فلا يجدى المتهم التمسك بان المحكمة اخطأت فى تطبيق احكام العود . اخذته بالشدة بناء على صحيفة سوابق ليست له[١٩] . اخذا بنظره العقوبة المبررة ومقتضاها هنا انتفاء المصلحة من الطعن الا اذا شدد الحكم المطعون فيه العقوبة بسبب العود المزعوم الى الحد الذى لا يمكن تبريره عن نفس الواقعة تغير عود .

وهذا حل محل نظر إذ أن محكمة الموضوع تكون عند تقدير العقوبة فى العود واقعة حتما تحت تأثير من الاعتقاد الزائف بتوافره حتى ولو لم تتجاوز الحد الاقصى للعقوبة المقررة اصلا للواقعة او حتى إذا لم تصل اليه لذا تحسن محكمة النقض صنعا لو سمحت لنفسها باعادة تقدير العقوبة لو كان هناك خطأ قانونى فى القول بتوافر العود إذا لم يكن المتهم عائدا أيا كان مصدر الخطأ ومداه وذلك لجعل العقوبة مناسبة مع جسامة الواقعة وخطورة الجانى بحسب التطبيق الصحيح للقانون .

وذلك يدخل فى صميم رسالتها فهى عند كل خطأ فى تطبيق قانون العقوبات لها بل عليها تصحيح الخطأ وأعادة تقدير العقوبة المناسبة بعد التصحيح[٢٠] .

هـــــوامش

(١) قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٧٦ الدكتور مأمون سلامه (٣) .

(٢) مأمون سلامه المرجع السابق .

الدكتور/ يسر انور شرح النظريه العامه .

الدكتور/ محمود محمود مصطفى القسم العام شرح قانون العقوبات .

الدكتور/ رمسيس بهنام القسم العام .

(٣) مبادىء القسم العام من التشريح العقابى طبعة ١٩٧٩ الدكتور رؤف عبيد شرح قانون الجانى القسم العام الدكتور احمد صفوت .

(٤) لبواتفان تحقيق الجنايات جـ ١ م ٧ فقره ١٧٧ .

(٥) ومثال ذلك الماده ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٦ بشأن مقاومة انتشار الملاريا ومثل الماده ٣/٢٥ من القرار الصادر فى مارس سنة ١٩٢٦ بنظام السكك الحديديه وهى نصوص معطله عملا .

(٦) نقض ١٩٥٨/٥/٢٦ احكام النقض س ٩ رقم ١٤٤ ص ٥٦٦ .

(٧) قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب طبعة ١٩٨١ .

(٨) المرجع السابق وايضا قانون العقوبات القسم العام الدكتور محمود ذكى عامر .

(٩) قانون العقوبات القسم العام الدكتور محمود نجيب حسنى .. المدخل واصول النظريه العامه .

(١٠) رؤف عبيد مبادىء التشريع العقابى – الاحكام العامه فى قانون العقوبات الدكتور/ السعيد مصطفى السعيد .

(١١) نقض ١٩٥١/١١/٦ احكام النقض س ٣ رقم ٥٥ ص ١٤٧ .

(١٢) هذا هو الرأى المعمول به حاليا استنادا الى الماده ٥٦٠ اجراءات .

(١٣) نقض ٣١ مايو سنه ١٩٦١ مجموعة الاحكام س ١٢ رقم ١٠١ ص ٥٣٢ .

(١٤) وهذا الشرط يتوافر بالنسبه للصوره الاول للعود الوارده فى الفقره اولا من الماده ٤٩ لان العود يكون فيها من عقوبه الى جنحه او الى جنايه . اما فى الصورتين الاخريين فلا يمكن ان يتوافر ذلك لان العود يكون فيها دائما من عقوبة جنحه الى جنحه لا جنايه .

(١٥) وفى بعض القوانين قد يرتب الشارع للعود آثارا خاصه ويضع له قواعد مختلفه وقد فعل ذلك فى قانون مكافحة التسول .

(١٦) نقض ١٩٥٩/١/١٢ احكام النقض س ١٠ رقم ٥ ص ١٨ .

(١٧) نقض ١٩٧٣/٣/١٨ احكام النقض س ٢٤ رقم ٧١ ص ٣٣٠ .

(١٨) نقض ١٩٧٣/٥/١٨ س ٢٤ رقم ١٣٨ ص ٦٦٨ .

(١٩) نقض ١٩٤٢/١٢/٢٨ قواعد محكمة النقض جـ ٢ رقم ٢٨٢ .

(٢٠) من هذا يرى حامد فهمى فى مقال عن العقوبه المبرره فى القانون والاقتصاد عدد يونيو سنة ١٩٣١ ص ٥٧٦ و ٥٧٧ وهذا الحل سائد فى فرنسا وبلجيكا حيث استقر الرأى على أن المصلحه تتوافر دائما عند خطأ الحكم المطعون فيه فى احكام العود هذا ولو ان النقض تقضى بالنقض وبالاحاله فلا تصحح الخطأ بنفسها طبقا لنظام النقض هناك .

الحاجة الى اصلاح النظام القضائى المصرى

للسيد الأستاذ / عبد الفتاح عبد المنعم الصبروتى
المحامى

ان ضمان تحقيق العدالة بواسطة الجهاز القضائى رهن بأمرين :

أولهما : شخص الجالس على كرسى القضاء .

ثانيهما : الامكانيات المادية والاجتماعية التى تتوافر للقاضى لتعينه على آداء وظيفة اقامة العدالة فى المجتمع .

والامر الاول المتعلق بشخص القاضى ذاته ، من حيث قدراته وملماته التى تؤهله لممارسة عملية بحث النزاعات المعروضه عليه ثم تطبيق صحيح القانون الواجب بشأنها عن بصيرة وروية هو أمر يعود بالدرجة الاولى الى القاضى نفسه ، لأنه أمر نابع من ذاته وملتصق به وهو نتاج لتكوينه واستعداده لممارسة هذه الوظيفة .

أما الأمر الثانى المتعلق بالامكانيات المادية والاجتماعية المتوافرة له ، فذلك يعود الى الدولة متمثلا فى أجهزة عديدة معنية بهذا الشأن ، من حيث مدى توفيرها الظروف المادية والاجتماعية للقاضى ، وبالشكل الذى يليق بأرفع وأسمى وظيفة يمارسها شخص فى المجتمع بأسره . يضاف اليها مدى ما يستشعره القاضى من تقدير واحترام من قبل السلطة والشعب معا ، وضمانات عدم المساس بقدسية هذه الوظيفة الحساسه ، أو التأثير عليها من قبل أى جهة أو فرد كان ، وفى أى صورة كانت وهو للاسف ما لم يعد متوافر لقضائنا فى الوقت الراهن .

فهذين الأمرين – يمثلان فى تقديرنا – الحد الادنى من مقومات وجود جهاز قضائى قادر على تحقيق العدالة فى المجتمع بمعناها المتعارف عليه منذ أن أكدتها الشرائع السماوية ، فاذا افتقدنا أى منها أو بعض مكوناتها التى سنعرض لها بعد ، اهتز كرسى العدالة ، واهتز معه ميزان العدالة الذى يمسك به الجالس على هذا الكرسى ، فانعدم الأمن والأمان فى المجتمع .. وهنا الى من يلجأ الناس لرد المظالم وتقرير الحقوق .... ؟

اولا : القدرات الشخصية للقاضى :

فاذا ناقشنا الأمر الاول المتعلق بمدى توافر القدرات والإمكانيات الشخصية أو الذاتية للقاضى وتكوينه واستعداده لممارسة العملية القضائية ، نقول أن هذا الأمر لم تعد تتوافر جميع عناصره متكامله فى نسبه ليست بقليله ممن يتم اسناد مهنة القضاء اليهم خلال السنوات القليلة الماضية ، اذا ما قورن الوضع بما يتمتع به قدامى قضائنا من قدرات تؤهلهم لهذه المهمه الخطيرة وللقيام بها عن جدارة .. وما يدفعنا الآن لطرق مثل هذا الموضوع الحساس الذى لم

يتجرأ غيرنا بالتعرض له سواء من المشتغلين فى المحاماه أو فى القضاء ، هو السعى لتشخيص صحى سليم وواقعى للحالة التى وصلت اليها عملية تحقيق العدالة وتقريرها فى المجتمع سواء من بطء شديد فى الفصل فى القضايا ، أو خروج أحكام بنسبه ليست قليلة تدل على أن هناك عور لابد من علاجه فى هذا الجهاز الجليل والعزيز على أنفسنا جميعاً ، وهو أمر لا يسلم منه أى جهاز فى مجتمع ، ولكن أمام جهاز القضاء يكون الأمر جد خطير ولايمكن أن ندعه يساير ما وصلت اليه باقى أجهزة الدولة من تدهور فى آداء الخدمة للمواطن .

كذلك فان جمهور المتقاضين ومعهم بالطبع المحامون أصبحوا يضجون بالشكوى مما يعانيه الكل من هذا التدهور فى الخدمة القضائية فى مصر . وأعرف أن أول من يعانى من ذلك الخلل هم القضاة أنفسهم خاصة فى دوائر الاستئناف والنقض ، لما يصادفهم من أحكام صدرت عن دوائر الدرجة الادنى ، لو توافر لقضائها العناصر المتكاملة المتطلبة لتؤهل القاضى لمباشرة مهمته ، لأغنت المتقاضين والمحامين ومحاكم الاستئناف والنقض من هذا العناء لإعادة الفصل فى حجم من القضايا يفوق طاقتهم كبشر .. لذلك فلا بد من تشخيص الاوضاع بأمانه وصراحة - ودون تحرج من شيء طالما قصدنا الصلاح وسعادة أمتنا ، لذلك فلا مناص من التعرض لجانبي المشكلة - ما يتعلق بالقاضى ، وما يتعلق بما يوفره له المجتمع من إمكانيات لممارسة مهمته وهو ما سوف يأتى تفصيله .

وأعود لاستكمال الكلام عن الأمر الاول ، وأقول أنه لابد من ملكات خاصة يتميز بها الجالس على كرسى العدالة ، أهمها ملكة القدرة على استيعاب الوقائع وتكييفها بما يتفق مع الواقع ونصوص القانون الواجب انزال أحكامه عليها ، وهذا ما يتطلب ضرورة الغوص فى الاوراق - وعدم تجاهل ما يطرحه المحامون فى دفاعهم سواء كان شفوياً أو كتابيا ، لانه يساعد القاضى كثيرا على استيضاح ما قد يكون خفى عليه بين السطور ، فلا يتجاهل الجهد الذى يبذله المحامى وينأى عن المعامله المؤلمه التى يصادفها بعض الزملاء - حتى الشيوخ منهم - والذين سبق لهم أن تمرسوا بالجلوس على ذات الكرسى الذى يقفون أمام الجالس عليه الآن ، فهذه المعامله فى الواقع لا تساعد على تسهيل مهمة القاضى فى اقرار العدالة وتلمسها بمفرده وبجهده الشخصى ، لانه يحمل نفسه أكثر مما تحتمل طاقة الانسان العادى فى أمر تتوقف عليه مصائر البشر بين يديه وسيتحمل أمام الله نتيجة هذا الأمر ، وإلاّ ستكون عدالة عرجاء تركز على ركيزة واجدة فقط هى رأى القاضى وحده عند اهماله ما يقدمه الخصوم . وهذا الذى نقوله قد استشرى فى الدعاوى الجنائية وبالذات أمام المحاكم الجزئية للأسف الشديد خلال السنوات القليلة المنعدمه .

كذلك فان ملكة الاستيعاب والتكييف ، تكملها حاسة العدالة - لأن العملية الأولى عملية مادية بالدرجة الاولى ؛ أما العملية الثانية فيدخل الوجدان - وجدان القاضى - فى ممارستها ويوجه القاضى الى الحكم الذى سوف ينتهى

اليه فى الدعوى ، سواء بالبراءة أو الادانه ، واذا كان بالادانه هل سيكتفى بالحد الادنى للعقوبة أم سيصعد بها وعلى ضوء خصوصية الوقائع والمتهم ، وليس مجرد أكلاشيه يطبعه سكرتير الجلسة على ورقة الحكم ليضع القاضى عقوبة موحده لكل الحالات المتشابهه المعروضه عليه دون استخدام حاسة العدالة لتمييز خصوصية كل حاله على حده . ودون استخدام القاضى لميزان العدالة - الذى أقصد به حاسة العدالة - لكى يزن فى كفتيه الادلة والحجج التى تطرح أمامه ، فيزنها بهذا الميزان الحساس الذى لا يميل الى ذلك الجانب أو ذاك ؛ بسبب ما يعانيه من ضغوط نفسيه أو اجتماعية وضخامة حجم العمل المنوط به انجازه ، وعدم توافر امكانيات مادية مربحه حتى داخل دار العدالة ذاتها أو لأى أسباب أخرى . ذلك أن أى من هذه الظروف لا ينبغى أن تؤثر على حساسية ميزان العدالة الذى يمسك به القاضى ، اذا ما توافرت له مؤهلات الجلوس على كرسى القضاء ليحكم بين الخصوم .

ولذلك فحينما نصادف أحكاما تصدر بالبراءة لمتهم تمت محاكمته غيابيا ، فان هذا القاضى الذى أصدر هذا الحكم يستحق من المجتمع أن يقف وقفة تبجيل واعجاب وتقدير لهذا الرجل الذى يفصل فى الدعوى ، ولم يراه المتهم ولا يراه هو ، ولكنه يعلم ان الله تعالى يراه ويراقبه فيما سوف يخطه بقلمه من حكم يتعلق به مصير صاحبه .. واعجابنا وتقديرنا لمثل هذا القاضى ليس لكونه أصدر حكما بالبراءة ، ولكن لكونه بالقطع بذل من الجهد والوقت ما كفل له استيعاب ما حوته الاوراق ، والتوصل الى التصور الذى أصدر حكمه استنادا اليه ، برغم عدم وجود مدافع عن المتهم يشرح دفاعه .. فأصبح هذا القاضى هو محامى المتهم وقاضيه فى ذات الوقت . بينما وبالمقارنه نجد دوائر ، يستحيل أن يصدر عنها حكما واحدا بالبراءة فى غيبة المتهم ، فى الوقت الذى تعود فتعدل عن حكمها عند نظر المعارضه فى الحكم الغيابى ؛ وربما لم يقدم الدفاع عن المتهم جديدا عن ما هو معروض فى الاوراق .. فلماذا يختلف هذا القاضى عن ذاك فى حكمه ؟ ؟ أليست هى درجة حاسه العدالة ومدى تفاوتها لدى كل منهما ؟ .

كذلك هناك القاضى الذى يصمم على تأييد الحكم الذى أصدره فى مرحلة المحاكمة الغيابيه وكأنه لم يسمع شيء مما قاله المدافع عن المتهم أو عرضه من دفوع أو مستندات واذا بالمحكمة الاستئنافية تلغى الحكم وتبرأ المتهم .. فبمن نفسر صدور الحكم على هذا الوجه من ذلك القاضى ، مختلفا عن زميله فى المحكمه الاستئنافية ؟ .. وفى الحقيقة ، أن هذه النماذج ، وهذا الذى سبق أن عرضنا له بشأن ما ينبغى أن يتوافر للقاضى من قدرات وملكات شخصية وذاتيه لممارسة وظيفة القضاء الخطيرة هذه ، لم نقصد أن نحمل القاضى ذاته مسئوليتها وحده ، لأنها قدرات ذاتية خلقها الله فى الانسان ، تتفاوت من شخص الى آخر ،

ولكنها مسئولية القائمين على اختيار القضاه لهذا العمل بالدرجة الاولى ومسئولية أجهزة التفتيش القضائى أيضا . ثم فلا بد أن يعاد النظر فى المعايير التى تراعى عند اختيار المرشح لوظيفة

القاضى وكذلك فى استمراره فى ممارسة هذا العمل . واننى اذ أنادى بضرورة عودة ممارسة التفتيش القضائى لمهمته بالنسبة لدوائر الاستئناف وهذه رغبة جمهور كبير من المحامين والقضاء أيضا .

كما أن الامر لم يعد تقصير من قبل بعض الزملاء القضاه ، فى المداومة على البحث والإطلاع فى كتب الفقه ومدونات الاحكام ، ذلك أن كل من وزارة العدل ونادى القضاة لم يدخرا وسعا فى سبيل توفير ذلك ، ولكن الأمر - وكما ذكرت - يتعلق بتكوين واستعداد شخصى للتحصيل والبحث للتمكن من العملية القضائية ، فاذا لم يتوافر ذلك للقاضي ، لن تفيد قراءاته في هذا الأمر شيئا .

ثانيا : الامكانيات المادية والظروف المحيطه :

القاضى فى رأينا ، هو صاحب أسمى وأرفع وظيفة فى المجتمع ، ولابد أن ينال حقه فى التقدير والتوفير ، بحيث لا يقتصر ذلك فقط داخل الجلسات التى يمارس عمله خلالها من قبل جمهور المحامين والمتقاضين وغيرهم . وانما ينبغى أن يشعر بذلك من كافة أجهزة الدولة الرسمية ، عمليا وليس نظريا .

فلا بد أن توفر الدولة للقاضى كافة وسائل المعيشه الكريمة ، التى تليق بمكانته وحساسية وظيفته ، ولتقيه السؤال والحاجة حفاظا على كرامة القضاء ورجاله ، ولتقيه أيضا من الزلل فى طريق أصبح فى ظروف المجتمع المصرى الراهنه - مملوء بأناس قادرين على ممارسة الاغواء والترغيب والترهيب - مستغلين هذه الظروف الصعبه التى يمكن أن تكون مصدرهم وكدر لأى ذى وظيفه عامة لينفذوا الى ضميره وعقله ، ولنعوذ بالله من شرهم ، وهل يستطيع مكابر أن ينكر هذه الحقيقة ،

وكلنا بشر ، وفينا من يضعف تحت ضغط الحاجة وتأثير هؤلاء ؟ .. وفى هذه الحالة سنجد أنفسنا أمام فساد حقيقى قد تسرب الى الجهاز القضائى وأصبح من وقع فريسة هذا الخطر يشين الغالبية الساحقه من الأجلاء الذين نسمع كثيرا عن سقوط بعضهم فجأة من أمراض القلب نتيجة ما يبذله من جهد ومشقه وعناء بعيدا عن الاضرار فى سبيل تحقيق العدالة ، ولم يشعر به أحد ، وأعلم أن الكثيرين من قضاتنا الأجلاء أصبحوا يضعون أيديهم على قلوبهم خشية يوما ينزل على جهاز القضاء فيه ذلك الحكم الذى نزل على معظم الأجهزة الرسمية فى البلاد - وهو الفساد - وكما أشار اليه صراحة رئيس الدولة نفسه فى خطابه فى عيد العمال مع الأسف ، وأليس محاولة شراء الذمم عن طريق التلويح بالمناصب والوظائف ذات المزايا البراقه ، فى أجهزة أخرى خارج القضاء ، سواء عن طريق الندب أو النقل ، هو أحد أساليب الضغط الواقع الآن على قضائنا والذى يمثل ضرباً من ضروب الفساد ؟ ؟ .. وذلك اذا كان يمارس على القضاه كنوع من المساومه بمناسبة قضايا معروضه عليهم ، أحيانا قد تكون قضايا تتعلق بمصالح شخصية لصاحب النفوذ الذى يمارس ضغوطه ، مستغلا موقعه الوظيفى ؟ ؟ وأحيانا أخرى ، يمارس من قبل الدولة ذاتها حينما تكون ممثله بأحد أجهزتها أو مسئوليتها - كطرفا فى الخصومة .

ثم ماذا نقول عن عدم احترام الدولة لأحكام القضاء ، والتغاضي عن التلاعب في الانتخابات تحت بصر القضاه ، دون أن يملكون من الأمر شيئا .. أليس في هذا نوع من الضغط الواقع على القضاة ؟ .. وان شاء لنا أن نوجز أهم المصاعب التي يواجهها القاضي المصري - ويقينا يتعذر حصرها جميعا لكثرتها .. فنعرض لما يلي :

فهناك مثلا حجم العمل الملقى على عاتق دوائر القضاء انجازه . فلا شك أن مباشرة القاضي - الانسان - لعملية النظر في أكثر من ثلاثمائة قضية في جلسة واحدة ، وكما يحدث في الجنح والمخالفات وفي عواصم المحافظات - وليس المراكز التي يتضاعف أمامها هذا الرقم - وأن تطلب من القاضي الفرد في هذه الدوائر سماع المرافعات وفحص الاوراق في الجلسة العلنية ، ثم ينتقل الى المرحلة الثانية ، داخل غرفه المشورة حيث يقوم باعادة دراسة معظم هذه القضايا مرة ثانية ليضع قراره ، وربما يتطلب الأمر افساح بعض الوقت لسماع الشهود أيضا .. فهذا جهد في الواقع ينوء عن تحمله الإنسان العادي بطاقته المتواضعة فما بالنا بانسان يتقرر مصائر البشر بين يديه خلال تلك الساعات الطويلة من الجهد الذهني المستمر .. ولا أتصور أن هناك موظف عام في أي مركز وظيفي في مصر يقضي من الوقت ويبذل من الجهد ما يقدمه القاضي المصري على هذا النحو على الإطلاق .. ذلك كله يضاف اليه جهد آخر يعادله له على القاضي أن يبذله في منزله ،

وذلك عند قيامه بكتابة الأحكام وتسبيبها خلال المدة القانونية المقررة لذلك ، وما يتطلبه ذلك من بحث ودراسة واطلاع على المراجع .. لذلك فاذا صادفنا ذلك الشطط أو الخطأ في الأحكام الصادرة من مثل هذه الدوائر ، فان ذلك لابد أن يكون نتاج متوقع لهذه الظروف الشاذة التي يمارس القاضي فيها عمله وإن كان ذلك ليس مبررا في الحالات التي يكون فيها موقف الخصوم من الوضوح بدرجة تغني القاضي عن الدراسة والبحث التي تحتاج للوقت الطويل .

ولا شك أن هذا الحجم الكبير من القضايا التي تحال الى القاضي المصري لم تعد تسمح بتوفير الوقت الكافي للاستماع الى مرافعات تزيد عن دقيقتين أو ثلاثة لاتكمن المحامين من أن يعرضوا كافة الجوانب اللازمة لتوضيح موقف موكليهم ، وهو ما يعصف بحقوق الناس ..

بل ان الخطير فعلا ، اننا أصبحنا كمحامين نستجدي قبول طلب سماع شهود في قضايا يتوقف مصير المتهم على ذلك ، ولكن ضخامة القضايا تحول كثيرا دون تحقيق ذلك ، ونسمع العبارة المألوفة (سنرى آخر الجلسة) واذا بنا نفاجأ بصدور حكم بالادانة استنادا الى ما هو وارد بالاوراق في ظل زمن انحدرت فيه المثل والاخلاق وأحل بعض الناس لأنفسهم تلفيق وقائع لخصومهم لا تدحضها سوى شهادة العدول ، فكيف يحرمنا قضائنا من تحقيق دليل براءتنا ، وهل نعذرهم بسبب ضيق الوقت ؟؟ .. لا أدري ماذا أجيب على هذا السؤال ، ومن يتحمل الوزر ؟؟.. بل أن عامل ضخامة العمل الملقى

على القضاة الآن ، أصبح مبررا على مايبدوا حتى لعدم قراءة ما يقدمه الخصوم من مذكرات تغنى عن ضيق الوقت لسماع المرافعات الشفوية فى الجلسة والتى هى الأداه الفعالة فى رأينا بالنسبة للدعاوى الجنائية ، وان كنت فى الحقيقة عاتب على بعض زملائنا القضاة – وهم قلة بالطبع – عندما يصدرون أحكامهم فى ذات الجلسة التى تقدم فيها المذكرات ، والتى تكون فى حاجة الى وقت كافى لاستيعاب أوجه الدفاع التى تحويها ، حيث بوسعهم تأجيل النطق بالحكم لجلسة أخرى ليتسنى توفير الوقت اللازم لدراسة القضية ، ولا ينبغى أن تتغلب الحاجة الى الانتهاء من الفصل فى العدد المطلوب من القضايا – على الحاجة الى تحقيق العدالة .

★ هذا عن حجم العمل وضيق الوقت .

هناك أيضا الامكانيات المتدنية ، فى دور العدالة ، من تأثيث أدوات مكتبية ووسائل تكييف داخل القاعات المزدحمة بالمتقاضين ، على الرغم مما تحصله الخزينة العامة من أموال من المتقاضين .

كذلك هناك المشكلة المزمنة فى مصر ، والمتمثلة فى كثرة التشريعات التى تتضمن عقوبات جنائية – بينما هى تعالج تنظيم مرفق أو خدمة أو أمر آخر من أمور المجتمع يتعلق بنشاط بعيد عن مجال الجريمة . والحقيقة اننى أرى أن هناك ادمان لدى المشرع المصرى على وضع عقوبة جنائية وخاصة عقوبة الحبس – فى الغالبية الساحقة من التشريعات ، وهو ما أشرنا اليه فى موضوع سابق على صفحات هذه المجلة تحت عنوان (العقوبة السالبة للحرية فى التشريعات الخاصة) والتى أصبحت الوقائع التى تحكمها من اختصاص القاضى الجنائى فزادت من حجم القضايا المطروحة أمام الدوائر الجنائية ، ناهيك عن الاسهال التشريعى ذاته – أى فى الزيادة الكبيرة فى عدد التشريعات التى صدرت من هذا القبيل ، وهى تعالج أمور تتعلق بالزراعة والصناعة والتجارة والسياحة والمواصلات والرى وكل مناحى المجتمع ، فهناك حاجة ماسة اذا لاعادة النظر فى هذه التشريعات من حيث ملاءمة وجود عقوبة جنائية لضمان مراعاة التزام المواطن بأحكامها من عدمه ورفع ذلك السيف الذى أصبح مسلطا على رقاب المواطنين فى كل تصرفاتهم ..

وعلى سبيل المثال فان قوانين الاسكان المتعاقبة ، تتطلب الغاء كافة العقوبات الجنائية الواردة فيها برمتها . ونستطيع أن نتصور ، وعلى ضوء ظروف مشاكل الاسكان فى مصر ، كم عدد المشاكل التى تحكم وقائعها مواد هذا القانون اللعين والتى تضع ذوى الشأن فى مصاف المجرمين . واستطيع أن أقول أن أكثر من نصف القضايا الجنائية المطروحة فى ساحة القضاة الآن هى عن وقائع تحكمها تلك التشريعات الغريبة ، وبعيدا عن قانون العقوبات المصرى الأم ، عدا ما أدخل عليه من اضافات تتعلق بهذا النوع من التشريعات كذلك فقد أفرزت التغيرات الاجتماعية الراهنة فى المجتمع المصرى ، زيادة رهيبة فى حدوث وقائع من نوع معين ، تحكمها نصوص قانون العقوبات ، وهذه الوقائع تشكل فى الحقيقة نسبة عالية

بدورها كموضوع للقضايا الجنائية المطروحة أمام القاضى الجنائى ، نخص منها على سبيل المثال (جرائم الضرب ، وجرائم الشيك) . فكم تشكل نسبة هذه القضايا من مجموع القضايا التى ينظرها القاضى الجنائى يوميا ؟ أعتقد أن وزارة العدل تستطيع أن تقف على النسبة المذهلة لهذا النوع من القضايا .

فوقائع المشاجرات التى تحال الى المحاكم أصبحت معظمها تتسم بالكيدية والتلفيق للاسف الشديد ، وقد مل قضائنا من مثل هذه القضايا السقيمة والتى أحيانا يتعدد أطرافها ، وقد يكونوا فى حالات ليست بقليلة أفراد عائلة واحدة ، وأصبح من اليسير على أى شخص ان يحصل على شهادة باصابات وهمية أو مفتعلة ، بنفسه من أى مستشفى حكومى لتكون دليلا يسوق به شخصا برئيا الى المحاكمة ، وتتساهل أقسام الشرطة كثيرا فى تحقيق مثل هذه البلاغات . كما أن النيابة العامة لم تعد تجرى تحقيقا بنفسها فى هذه النوعية من الوقائع وتكتفى بما يثبته الشاكى من تقرير طبى وشهادة من عساه الاستشهاد بهم وفى غيبة المتهم أحيانا ؛ وتقيد الواقعة جنحة ، لتلقى بالمهمة الصعبة على عاتق القاضى الجنائى ، لذلك فان الامر يتطلب تدخلا تشريعيا ، لجعل الفصل فى وقائع الضرب البسيط ، يتم بواسطة الأمر الجنائى الذى ينبغى التوسع فى استخدامه بالنسبة لوقائع أخرى عديدة تحتاج الى اعادة تصنيفها تشريعيا لتدخل فى نطاقة .

فالنيابة العامة تستطيع بما لديها من متسع من الوقت والعدد الكافى من وكلاء النائب العام ، أن تستمع بنفسها الى أقوال أطراف هذه النوعية من الوقائع ، وتستطيع أن تستبين بحاسة القاضى أيضا وجود الكيدية والتلفيق من عدمها وتجرى المناظرة على من يدعى اصابته ، ولا تقبل تقارير طبية يعدها الشاكى مسبقا وقبل أن يبلغ عن الواقعة ، الا الحالات التى تكون الاصابات فيها بالغة ، وهذه تخرج بالطبع عن جرائم الضرب البسيط وبالتالى عن سلطتها فى اصدار الامر الجنائى .

أما والحالة الراهنة الآن ، فان كثرة هذه القضايا دفع الكثير من القضاه ، الى المبادره بسؤال المتهم عن وجود صلح من عدمه ، حتى لايجهدوا أنفسهم فى عناء دوامة البحث عن الحقيقة فى هذه الوقائع التى يتعذر بالفعل معرفة الكاذب من المظلوم فيها .

أما عن جرائم الشيك ، التى أصبح هناك ازدياد كبير فى حجمها الآن ، كنتيجة كما ذكرت للمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التى عصفت بالمجتمع المصرى خلال سنوات ما بعد الانفتاح الاقتصادى ، فاذا كان المشرع المصرى قد ابتغى حماية حامل الشيك ، ومنح الشيك تلك الحماية القانونية كورقة تقرر أن تكون لها ذات القوة والثقة التى للنقود ذاتها فلا نستطيع أن نتجاهل حقيقة أن هذا الامر منقول عن أنظمة قانونية أجنبية ، المال لدى مجتمعاتها له قدسية تعلوا أحيانا فوق قدسية احترام انسانية البشر ، ومراعاة ما تعتريهم من ظروف قد تلم بهم فتجعلهم فى حالة اعسار مثلا .. ولذلك فان الحماية القانونية للشيك ، قد آن الأوان

لاعادة النظر فى تحديد طبيعتها ولا أقول لرفعها فاذا كانت جريمة الشيك المضافة الى قانون العقوبات المصرى بالمادة ٣٣٧ - أريد لها أن تأخذ حكم جرائم النصب والاحتيال ، فان جرائم النصب والاحتيال كشأن باقى الجرائم ، تتطلب ضرورة قيام القصد الجنائى كما نعلم ، بينما أصبح القصد مفترضا فى جرائم الشيك بمجرد اصداره ، برغم خصوصية الظروف والاسباب التى يصدر فيها الشيك ، واختلافها البين تماما عن وقائع النصب والاحتيال فكيف نسوى بين الفعلين .

وانني مندهش حقيقة كيف سمح المشرع المصرى لنفسه أن يصنف هذا العمل وصاحبه كصنف من صنوف الجريمة والمجرمين ، ونحن نعرف نوعية من يتعاملون فى الشيكات - على الأقل خلال الحقبه الزمنية التي صدر فيها هذا التشريع .. أضيف الى ذلك أن عقوبة الحبس التى تقررت لهذه الجريمة - هى عقوبة لاتتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية التى ننادى جميعا بأن تكون قوانيننا مستمدة منها . لأن الشريعة السمحاء لا تقر بتعزيز المُفلس أو المُعسر الذى توقف عن السداد - وبهذه العقوبة المغلظة ، بل انها تحث على منح المُعسر أجلا للميسرة ، أن لم تكن فى مجمل أحكامها أيضا تحث المجتمع المسلم على المساهمة فى قضاء دين المُعسر ، والشيك يمثل دين ، أما أن تنزل عليه العقوبة القاسية حتى ولو تم السداد فى اليوم التالى لتاريخ الشيك ، فذلك مالا أعتقد أن أحكام الشريعة الاسلامية تقره على الاطلاق . حتى ولو كان الحكم صادرا بايقاف التنفيذ . فذلك يضر قطعا بالمركز التجارى للمحكوم عليه . ولا أريد أن أنوه الى أن طلب الدفاع الايقاف الشامل غالبا ما يذهب مع الريح .

ونظرا لانتشار نوع من الشيكات هو الشيكات المكتبية التى لا يملك مصدرها فى الاغلب حساب فى أى بنك ، وأصبحت هذه الاخيرة تمثل النسبة الغالبة من نسبة جرائم الشيك بصفة عامة ، للاسباب الاقتصادية السالف الاشارة اليها ، ولدرجة أن الأميين أصبحوا يصدرون شيكات من هذا النوع تحمل بالكاد توقيعاتهم عليها لذلك فاننى أنادى بضرورة التدخل تشريعيا واعادة النظر فى مسألة اعتبار جرائم الشيك الحالية ، من الوقائع التى تأخذ حكم الجريمة أصلا ، أو على الاقل فى المرحلة الحالية وحتى يعود الاستقرار الاقتصادى للبلاد ، وادراج وقائع الشيك ضمن أحكام مواد قانون العقوبات الخاصة بالنصب والاحتيال فتخضع فى ثبوت واقعة النصب المرتبطة بها لذات أحكام هذه الجرائم ولا تكون مفترضة كما هو شأن جرائم الشيك الحالية ..

وفى هذه الحالة سيكون هناك علم عام لدى المواطن بأنه اذا حصل على شيك - وبالذات من الشيكات المكتبية - فيكون على علم بأنه لم يعد يتحصن بالحماية القانونية الحالية ، وذلك أن التعامل بقبول الناس للشيك الآن ، ليس لانه مضمون صرفه من البنك ، انما لان المستفيد من الشيك يعلم أنه سوف يستخدمه كورقة ضغط على مُصدر الشيك قد تؤدى الى حبسه ، فأصبحنا نتعامل من منطق الترهيب والتهديد وليس من

منطق الثقة فى التعامل للاسف . لذلك فيكون أمام حامل الشيك الاختيار اما ان يقبله أو يرفضه قبل أن يبدأ فى انجاز اتفاقه مع الأخرين .

وبذلك سيكون هناك نوع من الإنضباط لذلك التسيب الحادث فى المجتمع والذى يشجع أيضا الكثيرين من الجشعين على ابتلاع أموال الأخرين ، تحت غطاء اصادر شيكات لضمان حقوقهم .

وبذلك أيضا نخفف ذلك العبىء على عاتق القاضى الجنائى من حجم قضايا الشيك التى أصبح من الممكن اطالة تداولها أمام المحاكم لاكثر من عامين كاملين بدرجتيها وقد يتأيد الحكم ويتعذر تنفيذه لاختفاء المتهم بعد هذه المدة الطويلة فهل أصبحت هذه العقوبة تجدى نفعا ؟ .

وبعد فكان ذلك بايجاز - أهم العقبات والمتاعب التى يعانيها القاضى المصرى خلال عمله اليومى ، والتى كما قلت تحتاج الى تدخل تشريعى لاصلاح هذا المرفق الخطير .. بالاضافة الى ما يتعلق بالجانب الشخصى للقاضى . فهل آن الأوان لاصلاح نظامنا القضائى ؟

والله نسأله الصلاح والرشاد

الديمقراطية والايمان ...

إذا كانت الديمقراطية من الايمان ، فالايمان مظهره التضحية والحرمان ، وأول مراتب التضحية هى تضحية الشهوة ، شهوة المال وشهوة السلطان ... ولا أعنى بشهوة السلطان مجرد الحكم بل التحكم ... تحكم الاقوياء فى الضعفاء ... وتحكم الأغنياء فى الفقراء .

المرحوم مكرم عبيد المحامى

حرية المواطن المصري بين الواقع والقانون

للسيد الأستاذ / شكرى محمد سيد دسوقى
المحامى

"مبحث الأول

نبذة عن
حقوق وحريات الانسان فى المواثيق الدولية

جاء الإعلان العالمى لحقوق الانسان الذى أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ وأعلن فى مادته الأولى « يولد جميع الناس أحرارًا متساويين فى الكرامة والحقوق .... إن الاعتراف بالكرامة المتأصلة فى جميع أعضاء الأسرة الدولية وبحقوقهم الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام فى العالم .... ».

وجاء فى مقدمة كل من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولى الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادرين عن ذات الهيئة .. أن الدول الأطراف فى هذا العهد إذ ترى أن الإعتراف لأفراد الأسرة البشرية جميعًا بالكرامة الإنسانية الأصيلة وبالحقوق المتساوية هو وفقًا للمبادىء المعلنة فى ميثاق الأمم المتحدة أساس الحرية والعدل والسلام فى العالم ؛

وإذ تعترف بأن هذه الحقوق منبثقة من كرامة الشخص الإنسانى الأصيلة .... » . وفى ذلك أطلق الله سبحانه وتعالى الكرامة لكل آدمى بجليل خطابه :

« ولقد كرمنا بنى آدم » فالكرامة عصب كيان الإنسان لأنها تجعله لا يهون على نفسه ولا يهون على الناس ومن ثم كانت مدخله إلى حقوقه ووسيلته إلى الحفاظ على هذه الحقوق ، وبالتالى فبدونها تفقد الحياة الإنسانية صحيح وجودها وتفقد الحقوق عقالها ، وجاء أيضًا فى إعلان حقوق المواطن فى الدول العربية « إنطلاقًا من إيمان الأمة العربية بالإنسان منذ أن أعزها الله بأن جعل الوطن العربى مهد الديانات وموطن الحضارات التى كرمت وأكدت حقه فى حياة عزيزة على أسس من حقوق الإنسان فى الحرية والكرامة والإخاء ... » وفى التاريخ البعيد نرى الثورات التى انطلقت من أجل نداء الحرية والحق والكرامة ، ونرى نظريات الفلاسفة التى وضعت العديد من شتى المبادىء والأبحاث ، فكانت الثورة الأمريكية عام ١٧٧٥ وكان إعلان حقوق الإنسان فى مؤتمر فلادلفيا فى العام التالى وكان مضمونه « أن حقوق الإنسان فى الحياة والحرية لا تستباح ، وأن الحكومات ما أقيمت إلا لصيانة هذه الحقوق » .

وفى المذهب الليبرالى وتمثله وثيقة حقوق الإنسان المعلنة بفرنسا فى ٢ أكتوبر ١٧٨٩ جاء فى مادتها الثانية

« إن غرض كل جماعة سياسية هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التى لا تسقط بالتقادم » ، وفى المذاهب الإشتراكية نرى أن المبدأ فيها هو « أن تذوب مصالح الفرد فى مصلحة الجماعة لتحقيق الأهداف التى تعتنقها ليقتضى التدخل لضمان حق الفرد وضمان حريته » .

وفى الإعلان العالمى الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ تقرر المادة الثانية منه أن « لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة فى هذا الإعلان دون أى تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأى السياسى أو أى رأى أو الأصل الوطنى أو الاجتماعى أو الثروة أو الميلاد ... » .

وتقرر المادة الثالثة « لكل فرد الحق فى الحياة والحرية وسلامة شخصه » وتقرر المادة التاسعة « لا يجوز القبض على أى إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفًا » .

وأكدت المادة ١٢ منه على أنه « لا يعرض أحد لتدخل تعسفى فى حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته ، ولكل شخص الحق فى حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات » .

وأكدت المادة ١٥ منه على ان «لا يعرض أى إنسان للتعذيب أو للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة » .... « لكل شخص الحق فى حرية التفكير والضمير والدين ... » « لكل شخص الحق فى حرية الرأى والتعبير » .

والمادة الحادية عشرة « كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئًا إلى أن تثبت إدانته قانونًا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه ، ولا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التى كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة » .

هذا وقد تحرزت المادة الثلاثون من عبث التأويل أو التصحيف فنصت على أنه « ليس فى هذا الإعلان نص يجوز تأويله على أنه يخول لدولة أو جماعة أو فرد أى حق فى القيام بنشاط أو تأدية عمل يهدف إلى هدم الحقوق والحريات الواردة فيه » .

تلك هى إشارة عامة لحقوق وحريات الإنسان بوجه عام أوضحنا فيها ملخص لأهم بنود العهود والمواثيق الدولية التى تناولت هذه الموضوعات سواء البعيدة منها أو القريبة ولزامًا علينا الآن أن نتكلم عن موقف الدستور المصرى الدائم الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ من حقوق وحريات المواطن المصرى .

المبحث الثانى

حرية المواطن المصرى ودستور ١٩٧١

بادىء ذى بدء نوضح أن مصر تعتبر طرفًا هامًا ضمن أطراف العهود والمواثيق الدولية السابق ذكرها والتى تناولت حقوق وحريات الإنسان ، بمعنى أن تلك المواثيق والعهود إنما لها فى الأراضى المصرية نفس قوة وإلزام القانون المصرى المحلى بحسبان أن مصر موقعة على تلك العهود .

وقد أورد الدستور المصرى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ حقوق المواطنين وحرياتهم وواجباتهم فى الباب الثالث تحت عنوان « الحريات

والحقوق والواجبات العامة » علاوة على بعض الحقوق التى وردت متناثرة فى بعض نصوصه وأحكامه الأخرى ، على أن أهم ما تميز به الدستور المصرى الحالى عما سبقه من دساتير أخرى هو أنه من ناحية نجده لم يقف عند سرد الحقوق العامة للمواطنين وحرياتهم ، وانما اتبع ذلك بتقرير جزاء فى حالة الاعتداء على أى منها وذلك بالنص فى المادة ٥٧ منه على أن « كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرية الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضًا عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء » ومن ناحية أخرى ، فإن الدساتير السابقة قد تناولت هذه الحقوق فى بعض نصوصها ،

لكن يؤخذ عليها أنها لم تتعرض للحقوق الايجابية ، فهى اقتصرت على الحقوق السلبية التى تمثلت أساسًا فى حق المساواة والحرية الشخصية وحرية الرأى وحرية الملكية والمنازل وحرية العقيدة ، فتلك الحقوق قد استحدثت كيانها من منطلق « المذهب الفردى الحر » أو « الليبرالى » فى بيان وظيفة الدولة التى تبلورت فى فكرة الدولة الحارسة فى ذلك الوقت ، أما الدستور المصرى الحالى ١٩٧١ فقد جاء متناولاً الحقوق والحريات الإيجابية علاوة أيضًا على تلك السلبية ، وذلك مستمدًا - بالتأكيد - من منطلق « المذهب الاشتراكى » أو « التدخل » الذى أخذت به الدولة الحديثة ، ولذلك نراه يوضح فى مادته الأولى « أن جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكى ديموقراطى يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » .

كذلك جاء بالميثاق الوطنى « إن جوهر الأديان يؤكد حق الإنسان فى الحياة وفى الحرية ، والحرية وحدها هى القادرة على تحريك الإنسان إلى ملاحقة التقدم وعلى دفعه ، ولابد أن يستقر فى إدراكنا أن القانون فى المجتمع الحر خادم للحرية وليس سيفًا مصلطًا عليها » .

وقد أكد الدستور الحالى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ فى وثيقة إعلانه أن إنسانية الإنسان وعزته هى الشعاع الذى هدى ووجه السير الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها العليا .. إن كرامة الفرد انعكاس طبيعى لكرامه الوطن ، ذلك أن الفرد هو حجر الأساس فى بناء الوطن ، وبقيمة الفرد وبعمله وبكرامته تكون مكانة الوطن وقوته وهيبته .. إن سيادة القانون ليست ضمانًا مطلوبًا لحرية الفرد فحسب ، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت » وقد أوضح الدستور المواد الآتية :

(مادة ٤٠) عن المساواة لدى القانون :

« المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » .

(مادة ٤١) عن الحرية الشخصية :

« الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق

وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقًا لأحكام القانون ، ويحدد القانون مدة الحبس الإحتياطى » .

(مادة ٤٢) عن كرامة المواطن :

« كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ولا يجوز ايذاؤه بدنيًا أو معنويًا كما لا يجوز حجزه أو حبسه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون .

وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شىء مما تقدم أو التهديد بشىء منه يهدر ولا يعول عليه » .

(مادة ٤٣) عن غلاء قيمة الإنسان :

« لا يجوز اجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه الحر » .

(مادة ٤٤) عن حرمة المساكن :

« للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقًا لأحكام القانون » .

(مادة ٤٥) عن حرمة الحياة الخاصة للمواطن :

« لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الإتصال حرمة وسريتها مكفولة ، ولا يجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة ووفقًا لأحكام القانون » .

وتناولت المادة (٤٦) حرية العقيدة الدينية فقالت « تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية » . أما المادة (٤٧) فتناولت حرية الرأى فقالت « حرية الرأى مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون ، والنقد الذاتى البناء ضمان لسلامة البناء الوطنى » . وجاءت المادة (٤٨) لتؤكد أن « حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسال الإعلام مكفولة والرقابة على الصحف محظورة وإنذارها أو وقفها أو الغاؤها بالطريق الإدارى محظور » . وقالت المادة (٤٩) « تكفل الدولة للمواطنين حرية البحث العلمى والإبداع الأدبى والفنى والثقافى » والمادتين (٥٠ ، ٥١) نصًا على أنه « لا يجوز أن تحظر على أى مواطن الإقامة فى جهة معينة ولا أن يلزم بالإقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ، ولا يجوز إبعاد أى مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها » . والمادة (٥٢) أقرت « للمواطنين حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة الى الخارج وينظم القانون هذا الحق واجراءات وشروط الهجرة » . والمادة (٥٤) أقرت « للمواطنين حق الاجتماع الخاص فى هدوء غير حاملين سلاحًا ودون حاجة إلى إخطار سابق ولا يجوز لرجال الأمن حضور اجتماعاتهم الخاصة ، والاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات مباحة فى حدود القانون » . وأكدت المادة (٥٥) أن « للمواطنين حق تكوين الجمعيات ، ويحظر انشاء جمعيات يكون نشاطها معاديًا لنظام المجتمع أو سريًا

أو ذا طابع عسكرى » . والمادة (٥٦) تقول « إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديموقراطى حق يكفله القانون وتكون لها الشخصية الاعتبارية » . ونصت المادة (٦٢) على « للمواطن حق الانتخاب والترشيح وابداء الرأى فى الاستفتاء وفقًا للقانون ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى » . والمادة (٦٣) قالت « لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة وبتوقيعه » . والمادتين (٦٤ ، ٦٥) أكدتا أن « سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة ، وتخضع الدولة للقانون ، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات » . والمادة (٦٦) قالت مؤكدة مبدأ المشروعية الجنائية أن « العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » . والمادة (٦٧) تقرر أن المتهم برىء حتى تثبت ادانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، وكل متهم فى جناية يجب أن يكون له محامى يدافع عنه » . ونصت المادة (٦٨) على أن « التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى » . وقالت المادة (٦٩) أن « حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول » . وجاءت المادة (٧١) لتقرر أن « يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه أو اعتقاله فورًا ، ويكون له حق الإتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الإستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون ... » .

أما عن الحقوق والحريات الاجتماعية والاقتصادية :

فنجد أن المادتين (٧ ، ٨) أكدت على أن « يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعى وتكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين » .

والمادة (١٣) قالت إن « العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة .. ولا يجوز فرض أى عمل جبرًا على المواطنين إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل عادل » . وأكدت المادة (١٤) أن « الوظائف العامة حق للمواطنين وتكليف للقائمين بها لخدمة الشعب وتكفل الدولة حمايتهم » .

والمادة (١٦) قررت أن « تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية وتعمل بوجه خاص على توفيرها للقرية فى يسر وانتظام رفعًا لمستواها .. » .

والمادة (١٧) « تكفل الدولة خدمات التأمين الاجتماعى والصحى ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعًا » وذلك وفقًا للقانون .

المادة (١٨) أكدت أن « التعليم حق تكفله الدولة » .

وجاءت المادة (٢٠) لتقرر أن « التعليم فى مؤسسات الدولة التعليمية مجانى فى مراحله المختلفة » .

وجاءت المادة (٣٤) لتقرر أن « الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض

وفقًا للقانون وحق الإرث فيها مكفول » .

وحرصت المادة (٣٥) على أنه « لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ، ومقابل تعويض » . والمصادرة العامة للأموال وفقًا لنص المادة (٣٦) محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى .

المبحث الثالث

الحقوق والحريات فى الواقع المصرى

فى الواقع أنه على الرغم من أن كافة الدساتير المصرية قد قررت شتى الحقوق والحريات للمواطن المصرى ، إلا أن كثيرًا ما غاب التطبيق العملى عن تلك النصوص التى تضمنت الحقوق والحريات ، بل وأيضًا كثيرًا ما بعد هذا التطبيق عن مضمون وروح تلك الدساتير أو القوانين **وكانت الحرية مبددة وغائبة لفترة طويلة** من عمر المواطن المصرى إذ فرض البعض أنفسهم دون سند من واقع أو قانون قوامين على أمر الحرية يمنحونها لمن شاءوا ويحجبونها عمن شاءوا ، وبلا معيار سوى الهوى والمنفعة ، وكان لذلك ما كان من آثار أفضت إلى صور النفعية والنفاق لمن هانت عليه حريته وكرامته وإلى التشريد لمن جازف بها وأعلنها صراحة .

وأما عن التعذيب والعقوبات غير المقررة بالقانون : والحط من الكرامة الإنسانية فقد عانى منها المواطن المصرى الشيء الكثير حتى بات فينا من يعرفها ممارسة وفينا من يعرفها اتصالاً ومن يعرفها سماعًا ومن جهلها أو تجاهلها حتى طالعه خبرها بعد انقشاع الغمة وبعد عودة القانون من إجازته التى طالت حقبة من عمر المواطن المصرى . كذلك فلم تكن الحياة الخاصة بأسعد حالاً حتى كان الفرد يقضى يومه خائفًا من أن يطرق زائر الفجر أبوابه ، خائفًا من الاعتقالات والحراسات .

والحبس الاحتياطى : ذلك الأمر الذى يعد وبحق وصمة على جبين أى نظام قانونى يقره أو يأخذ به لأن مبررات الغاؤه أشد وأقوى من مبررات تواجده أو الأخذ به ، فهذا الحبس فى بعض الأحيان ما يكون مطلقًا (اعتقال) على عكس تسميته الشكلية ، ولأنه يعتبر وفاء مسبق (عند ثبوت التهمة) لبعض العقوبة قبل صدور حكم قضائى يقررها ، ولأنه لا عوض عنه عند تكشف التحقيق عن انتفاء التهمة أو عند القضاء بالبراءة فإنه فى عمومه مستنكرًا فى الإتجاهات الحديثة لدى الفقه الجنائى بحسبان أنه يعد شرخًا عظيمًا وخرقًا لمبدأ المشروعية الجنائية .

والحرية الشخصية : وإن عقل قانون الحريات رقم ٣٧ / ١٩٧٢ أمرها فى شأن تفتيش المنازل باشتراط تسبيب الأمر به ، إلا أنه لم يضع ضوابط ذلك التسبيب فأصبح الواقع فى التطبيق العملى أنه نص شكلى بحت أكثر منه موضوعى ، وما يمس هذه الحرية أيضًا الترخيص - وإن كان بقيود - باجراء تسجيلات لأحاديث تحصل فى أماكن خاصة رغم ما فى ذلك من عدوان على حق من حقوق الانسان فى حريته الشخصية ، ألا وهو حق الفرد فى خلوته أو سريرته التى يتنفسها حديثًا . كذلك ففى **حالة الطوارىء** أجاز قانون

الحريات رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ لرئيس الجمهورية أن يضع قيودًا على حريات الأشخاص واعتقال المشتبه فيهم وتفتيش المنازل ... كل ذلك ودون التقيد بأحكام قانون الاجراءات الجنائية ، وكذلك حق مراقبة الرسائل أيًا كان نوعها وكافة وسائل التعبير والإعلام قبل نشرها ، وتكليف أى شخص بتأدية أى عمل من الأعمال والإستيلاء على أى منقول أو عقار .

وإذا وصلنا لحرية التعبير عن الفكر أو الرأى : فسنجد أنها كانت دائمًا أولى الحريات التى تتعرض للصدع والضرب عليها ، الأمر الذى يعد مقدمة حتمية للإطاحة بالحريات الأخرى ، ولقد توارد على عديد من الدول العربية - ومصر منها - حكام يضربون أول ما يضربون على حرية الرأى أو الفكر وكانت حجتهم - وهى ضعيفة - أن أصحاب تلك الحرية مستعمرون أو أصوات للمستعمرين فى الدولة ، ولذا فكان عقابهم الفصل من وظائفهم أو نقلهم بغير الطريق التأديبى تارة ، أو اعتقالهم والزج بهم فى التهم الملفقة تارة أخرى ، ولذلك قالوا إن فى مصر توجد كلمة « الحرية » ولا توجد حرية « الكلمة » .

ولزامًا علينا ونحن بصدد هذا البحث أن نشير مجرد إشارة إلى فكرة « **مبدأ الشرعية** » **وفكرة** « **أعمال السيادة أو الحكومة** » : ومبدأ الشرعية يعنى خضوع الدولة للقانون فى كل صور نشاطها ومختلف التصرفات أو الأعمال التى تصدر عنها فكل السلطات العامة فى الدولة يجب أن تخضع لأحكام القانون عند مباشرتها للاختصاصات المخولة لها وفقًا لمبدأ الفصل بين السلطات .

وفى نطاق ذلك ، نجد أن هناك ثلاثة أفكار أو قيود ترد على مبدأ الشرعية ففكرة « السلطة التقديرية للإدارة » تعطى لمبدأ الشرعية مرونة وحركة من أجل المصلحة العامة ، وهناك فكرة « الظروف الاستثنائية » وهى تنقل مبدأ الشرعية العادية إلى إطار مبدأ الشرعية الإستثنائية ، وفى الحالين فانهما يخضعان للرقابة القضائية حسب الظروف ، وأما الفقرة الثالثة « فهى فكرة أعمال السيادة أو الحكومة » فهى تشل حركة مبدأ الشرعية ولا تخضع للرقابة القضائية فلا يقترب منها القضاء لا بالتعويض ولا بالالغاء ولا حتى بوقف النفاذ ، وبذلك فهى تخرج خروجًا صارخًا على مبدأ الشرعية ، وفيها تهديد واعتداء أليم على حقوق الأفراد وحرياتهم .

والكل ينادى بأن مثل تلك الأعمال ينبغى - والحال كذلك - ألا تغيب عن رقابة القضاء ما دام أن الجميع قد أولى ذلك القضاء الثقة الكاملة والنزاهة المجردة .

وأما عن السجون السياسية (وهى الغير خاضعة للتفتيش القضائى) والتعذيب والإرهاب الذى يلقاه المسجون السياسى فيها ، فإنها أمور لا يوفيها ذلك البحث حق الحديث أو تناولها بصورة مفصلة ، وحسبنا أننا نذكر القارىء بها مجرد الذكرى ، ذلك أن المسجون السياسى - فى الواقع - يعتبر أسوأ حالاً من المسجون فى جرائم المخدرات أو القتل وذلك من جميع النواحى سواء المعاملة

التى تهدر كرامة الإنسان وآدميته ، أو حق زيارة أقاربه له ، أو رؤياهم أو الاتصال بهم ، أو حتى الإتصال بالعالم الخارجى عن السجن من خلال الصحف ووسائل الإعلام . وسجون التعذيب أو السجون السياسية فى مصر (السجن الحربى - ليمان طرة - سجن أبى زعبل ... الخ) . بعيدة جدًا عن التفتيش القضائى فلا يحق لأى عضو نيابة عامة ولا حتى القاضى أن يطلب دخول أحد تلك السجون بقصد التفتيش عليها أو بقصد الإطمئنان على معاملة المعتقلين فيها ، بل وليس من حق المحامى - أى محامى - أن يطلب دخولها ولو بقصد مقابلة موكله المسجون ، والأمر القريب يوضح لنا مثل عظيم لهذه السجون والاعتقالات ، ألا وهو « **جماعة الإخوان المسلمين** » ولعل تاريخ تلك الجماعة بالذات يكتنفه الظلام والتجهيل والتزييف والتزوير أكثر من غيره ، ذلك لأن هذه الجماعة منذ حرب فلسطين سنة ١٩٤٨ وحتى وقتنا هذا « والسلطة » وكل التيارات الفكرية والسياسية المضادة تقف منها موقف الترصد ، والتوجس وتبتذل أقصى ما تستطيعه فى تشويه صورتهم فى نظر الناس ... فعل ذلك إبراهيم عبد الهادى سنة ١٩٤٨ وحتى سقوط حكومته فى أوائل الخمسينات ، وفعل ذلك بعده الرئيس الراحل جمال عبد الناصر طوال فترة حكمه ، ثم تولى ذلك أيضًا من بعده الرئيس الراحل أنور السادات ... ويقول الأستاذ / جابر رزق فى كتابه « **مذابح الإخوان فى سجون ناصر** » : « **إن مذبحة السجن الحربى سنة ١٩٦٥ كانت تنفذ على أسس علمية دقيقة وقد درب منفذوها تدريبًا طويلاً فطبقوا علينا أساليب الاستنطاق وانتزاع الاعترافات التى عرفها صلاح نصر فى كتابه « الحرب النفسية » تطبيقًا حرفيًا وكانت النتيجة عشرات الضحايا مضوا إلى ربهم شهداء وآلافًا آخرين قضوا حياتهم فى عذاب فاق على وجه اليقين ما روته كتب التاريخ عن الاضطهاد الدينى أيام حكم الرومان وما سجله التاريخ عن فظائع محاكم التفتيش ومعسكرات النازى** » .

وحتى يومنا هذا فإن الموت والتهديد بالموت وسيلة من وسائل التحقيق مع المسجون السياسى علاوة على أساليب التعذيب أثناء ذلك التحقيق .. فالعقوبة المبدئية هى (الحبس الإنفرادى) ثم العقوبات البدنية مثل القيام بعمل عنيف مجهد ،

والوقوف فى الوضع انتباه لفترات طويلة والتعرض للحرارة الشديدة أو البرد الشديد ، والوقوف على أطراف أصابع القدمين ، هذا بخلاف الضرب والتعرض للكلاب المفترسة ، والحبس الإنفرادى كان - ولا يزال - يتم فى غرفة ضيقة لا تمكن المسجون من الجلوس أو الرقاد ، وهى غرفة كانت قذرة دون السماح له حتى بإزالة الضرورة بالأماكن المعدة لذلك .. هذه كانت

- ولا تزال حتى الآن - معاملة المسجونين السياسيين فى المعتقلات والسجون السياسية فى مصر ، معاملة لا تعترف بكرامة الإنسان ولا بحقوقه ولا حرياته .. إنها - وبحق - وصمة على

جبين النظام القضائى فى مصر .

بل وأيضًا **بالنسبة لأقسام الشرطة** ، فإنك تجد القائمين عليها يعاملون الجمهور أسوأ معاملة إذ تهدر كرامة المواطن وتعتدى على آدميته وحريته ، ولا زال حتى الآن ضابط الشرطة هو الصورة المرعبة للمواطن ، وهو مصدر قلقه وخوفه ، فرجال الشرطة وهم المفروض فيهم إنهم خدام للشعب بحسبان أن الشرطة فى خدمة الشعب – وفقًا لنص المادة ١٨٤ من الدستور – وتؤدى واجبها بما يكفل للمواطن الأمن والطمأنينة ، إلا أن واقع الحال – ينطق بغير ذلك ، فالمواطن لا يأخذ منهم سوى الإهانة ، والغطرسة والكبرياء ، وكأنهم قوم من جنس أرقى من بقية الأقوام فى المجتمع أو كأن المواطن من حثالة ذلك المجتمع .

وأما عن محاكم أمن الدولة وعن حالة الطوارىء فى البلاد ، فجاء بشأنها القانون رقم ١٩٥٨/١٦٢ وقد تعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٥٠ ، وحالة الطوارىء هذه هى حالة تعرض الأمن أو النظام العام فى البلاد أو فى منطقة منها للخطر سواء أكان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات فى الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء ، ووفقًا لحكم المادة (٣) من القانون المذكور : يجوز لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارىء أن يتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص : وضع قيود على حرية الأشخاص فى الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور فى أماكن أو أوقات معينة والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن العام واعتقالهم ، وله أيضًا الترخيص فى تفتيش الأشخاص والأماكن دون التقيد بأحكام قانون الاجراءات الجنائية . كذلك له أن يأمر بمراقبة الرسائل كلها ومراقبة الصحف والنشرات والمطبوعات والمحررات وكافة وسائل التعبير والإعلان قبل نشرها وضبطها ومصادرتها وتعطيلها ، وأيضًا له أن يحدد مواعيد فتح المحال العامة واغلاقها ، وتكليف أى شخص بتأدية أى عمل من الأعمال والاستيلاء على أى منقول أو عقار .. وله أن يأمر باخلاء بعض المناطق أو عزلها وتنظيم وسائل النقل وحصر المواصلات وتحديدها بين المناطق المختلفة .. ووفقًا للمادة الرابعة من هذا القانون .. تتولى قوات الأمن أو القوات المسلحة تنفيذ الأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه .. ووفقًا لنص المادة السابعة فإن محاكم أمن الدولة الجزئية والعليا تفصل فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه .. وتشكل كل دائرة من دوائر أمن الدولة الجزئية بالمحكمة الابتدائية من أحد قضاة المحكمة ، وتشكل دائرة أمن الدولة العليا بمحكمة الاستئناف من ثلاثة مستشارين ويجوز استثناء لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيل دائرة أمن الدولة الجزئية من قاض واثنين من ضباط القوات المسلحة من رتبة نقيب ، وبتشكيل دائرة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين ومن ضابطين من الضباط القادة . كذلك أباحت المادة (٩) من نفس القانون محل البحث ،

لرئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة الجرائم التى يعاقب عليها القانون العام .. وعلاوة على ما تقدم فإن الدعوى المدنية غير مقبولة أمام محاكم أمن الدولة ، ولا يجوز الطعن بأى وجه من الوجوه فى الأحكام الصادرة منها ، ولا تكون تلك الأحكام نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية ، ومن هنا تأتى التفرقة العنصرية فى سير القضايا واجراءاتها وفقًا لنوع بعض الجرائم أو الحق المعتدى عليه ، فمثل تلك الحالات « أمن دولة طوارىء » يحرم فيها المتهم من حق الطعن ولو بطريق النقض بينما يتمتع بذلك المتهمين بجرائم القتل أو المخدرات مثلاً .

أما محاكم أمن الدولة فى الحالات العادية لا حالات الطوارىء ، فإن أحكامها يمكن الطعن عليها ، ذلك أنه وفقًا للقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة ، فإن أحكام محكمة أمن الدولة العليا تكون نهائية ولا يجوز الطعن عليها إلا بطريق النقض وإعادة النظر ، ومن ناحية أخرى فإن أحكام محكمة أمن الدولة الجزئية تكون قابلة للطعن فيها أمام دائرة متخصصة بمحكمة الجنح المستأنفة ويجوز الطعن فى الأحكام التى تصدرها هذه الدائرة بالنقض وإعادة النظر ... وهنا أيضًا تجد التفرقة العنصرية المريرة بين محاكم أمن الدولة فى الظروف العادية ومحاكم أمن الدولة فى حالات الطوارىء ، فيعيش المواطن قلقًا .. حائرًا .. وتتعثر الأقدام .. ويتشتت الفكر .. سواء فكر المواطن العادى .. أو فكر رجل القانون .. قاضٍ كان أو محامٍ .. ويعيش المواطن وحالة الطوارىء تهدد كيانه .. وتهدر حريته .. وتعتدى - بالتأكيد - على كل ما له من حقوق .

لذلك يجب الغاء قانون حالة الطوارىء ، والغاء كل ما هو اجراء استثنائى فى المجتمع من أجل صالح المجتمع .

ومن الأمور التى يجب ذكرها أيضًا عند الحديث عن الحريات والأخذ بها فى الواقع ، **نجد مسألة سلطة النيابة العامة فى الحبس الاحتياطى** .. فسبق لنا وأن ذكرنا أن الحبس الاحتياطى عمومًا يعد وصمة على جبين النظم القانونية التى تقره ، وهو فى بعض الأحيان - إن لم يكن أغلبها - ما يكون حبسًا مطلقًا لا مؤقتًا أو احتياطيًا .. وحبس المتهم اجراء شاذ خطير ، لأن الأصل هو ألا تسلب حرية الإنسان إلا تنفيذًا لحكم قضائى نهائى واجب النفاذ ، لكن قد تقتضيه - مع ذلك - مصلحة التحقيق منعًا لتأثير المتهم فى الشهود أو العبث بالأدلة ودرءًا لاحتمال هربه من الحكم الذى قد يصدر ضده ، وأدنى مدة للحبس الإحتياطى فى القانون المصرى هى أربع أيام من يوم القبض على المتهم ، وأعلاها هى ٤٥ يوم . وتكون الأخيرة من سلطات القاضى الجزئى أو قاضى التحقيق أما الأولى فهى من سلطات النيابة العامة ولكن واقع الحال يجرى فى المحاكم على خلاف ذلك إذ أن **النيابة العامة فى الوقت الحاضر قد خولت لنفسها حق الحبس المطلق أو الاعتقال** ، ودون أى اعتبار لمبادىء ولقواعد حريات الإنسان .. أى إنها بذلك قد أخذت كل سلطات قاضى التحقيق فى شأن الحبس الاحتياطى بصفة عامة ويظل

المتهم مشتتًا بين الواقع وبين القانون .. فلا يعرف هل هو ينفذ أمرًا بحبسه احتياطيًا ، أم إنه ينفذ حكمًا - صدر قبل أوانه - يقيد حريته ، ودون تحديد لمدة ذلك القيد ، ثم ومن ناحية أخرى ماذا يكون لهذا الإنسان إذا انتهت التحقيقات بانتفاء التهمة وصدور الحكم بالبـــراءة .. ولا عـــــوض - بالتأكيد - عن مثل هذه الحالة ، فليس له سوى أن يشكو أولى الأمر لربه سبحانه وتعالى العدل .. الحق . لذلك فعلى كل عضو من أعضاء النيابة العامة .. وحتى رأسهم العليا وهو النائب العام أن يعلموا تمامًا « أن المتهم برئ إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه » (م ٦٧ دستور) . كما أنه ليس فى نصوص القانون ما يسمى باصطلاح « الحبس المطلق » ... فهو يعد شرخًا جسيمًا لمبدأ الشرعية الجنائية ، وفيه إهدار وافتئات للحقـــوق والحريات الفردية ، فعليهم أن يحدوا من استخدامه إن لم يلغ كلية من القانون المصرى على الأقل .

وإذا وصلنا الآن إلـــى الحديث عن « **فرض الحراسة على أمـــوال الشخص** » .. وما يمثله ذلك من تهديد للحرية الشخصية ومخالفـة لأحكـام الدستـور والقانـــون عمومًا .. فإننا سوف نجد فى القانــون المصـرى - حتــى الآن - ثلاث حالات لفرض الحراسة كتدبير جنائى على النحو التالى :

أولاً : نصت المــــــادة (٢٠٨) مكرر (أ) من قانون الاجراءات الجنائية على أنه للنائب العام إذا قامت من التحقيق دلائل كافية على جدية الإتهام .. أن يأمر ضمانًا لتنفيذ ما على أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمـــة أو تعويض الجهة المجنى عليها ، بمنع المتهم من التصرف فى أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الاجراءات التحفظية مع تعيين وكيل لإدارة هــذه الأموال .

ثانيًا : نص القانون رقم ١٩٧٥/٦٢ فى شأن الكسب غير المشروع فى الفقـــرة الأولى من مادته العاشرة على أن للهيئة المختصة بالتحقيق أن تأمر بمنع المتهم أو زوجته أو أولاده القصر من التصرف فى أموالهم كلها أو بعضها ونصت الفقرة الثانية على إدارة الكسب غير المشروع أن تعرض الأمر .. فى ميعاد معين على محكمة الجنايات المختصة لكى تقضى إما بتأييد الأمر أو تعديله أو الغائه .

ثالثًا : نص القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ (الخاص بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب) فى مادته السابعة على أنه يجوز للمدعى العام إذا تجمعت لديه دلائل قويـــة بالنسبـــة لأحـــد الأشخاص .. أن يأمر بمنع التصرف فـى أموالـــه أو إدارتها ، ونص هذا القانون فى مادته التاسعة على أن تكون إحالة دعـوى طلب فرض الحراسة إلى المحكمة المختصة بقـرار مكتـــوب ومسبب من المدعى العـام الاشتراكى ، كما نص هذا القانون على مضمون ونطاق الحكم الصادر بفرض الحراسة من محكمة القيم .

ويتميز تدبير الحـــراسة بطبيعة قانونية مختلفة وفقًا للحالات التـى يثـور فيهـا فالحالتان الأولى والثانية سالفتا الذكر يعتبر فرض الحراسة فيهما اجراء من اجراءات التحفظ أما الحالة الثالثة فإن

فرض الحراسة بناء عليها يعتبر عقوبة بالمعنى القانونى وليس من اجراءات التحقيق ، وآية ذلك أن فرض الحراسة طبقًا للحالة الأولى يصدر من النائب العام أثناء التحقيق ، كما أنه فى الحالة الثانية تصدره الهيئة المختصة بالتحقيق .. ودور محكمة الجنايات يقتصر فقط على تأييد الأمر أو تعديله أو الغائه فهى لا تنشىء هذا التدبير لكنها تراقب هيئة التحقيق فيما قررته فتؤيد قرارها أو تعدله أو تلغيه .. وفى الحالين فإن الحراسة تكون مفروضة من سلطة إدارية لا قضائية بالمعنى القانونى البحت ، أما فى الحالة الثالثة حيث يرفع المدعى العام الاشتراكى دعوى طلب فرض الحراسة فإنه يطلب من محكمة القيم اتخاذ هذا التدبير بحكم قضائى يصدر منها هى وحدها دون أن يعتبر مجرد اجراء من اجراءات التحقيق ، فتدبير الحراسة طبقًا للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ يعتبر عقوبة لمواجهة حالات الخطورة المنصوص عليها فى المادتين الثانية والثالثة من ذات القانون .

ونحن وإن كنا نرتضى بالحالة الثالثة نظرًا لصدورها بحكم قضائى ونظرًا لكونها فى يد أمينة ونزيهة هى يد القضاء العادل والحارس الطبيعى للحريات الفردية ، فإننا نشجب الحالتين الأولى والثانية تمامًا لما فيهما من مسلك يهدد الحرية الشخصية للفرد من ناحية ، ولما فيهما من افتئات واعتداء على اختصاصات السلطة القضائية من ناحية أخرى ، والاتجاهات السياسية الجنائية الحديثة توجب فرض التدابير التى تواجه الخطورة - والحراسة منها - على أن تكون بيد القضاء وحده ودون السلطة الإدارية ، ذلك أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة بالقانون وبحكم قضائى (م ٣٤ دستور) ولا يجوز فرض الحراسة على أموال الأشخاص الطبيعيين إلا بحكم قضائى .. وفى الأحوال الواردة فى القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ ووفقًا للضوابط المنصوص عليها فيه .

وعلاوة على ما تقدم ، **فنجد أننا قد عدنا بقانون المحاكم العسكرية** رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ إلى التعدد والى الإخلال بمبدأ المساواة لدى القانون والقضاء ، ذلك أن المساواة لا تتحقق إلا بتوحيد الاجراءات ووسائل الطعن فى الأحكام ودرجاتها وهو ما يفترق كثيراً مابين المحاكم العسكرية والمحاكم العادية ، والمساواة تنعدم عندما تكون الجريمة هى نفس الجريمة ويتغير القاضى بتغير الاختصاص .

وكل ما تقدم ليس حصرًا لكنه أمثلة سريعة أوضحنا من خلالها مدى الأخذ بهذه الحريات وتمتع الأفراد بها فى مصر .

المبحث الرابع

ضمانات وكفالة حريات المواطن المصرى

لا يكفى النص فى الدستور على تنظيم السلطات الأساسية للدولة وسرد أو تعيين حقوق وحريات الأفراد ، بل يجب كذلك أن يكون هناك من الضمانات والحصانات ما يكفل احترام تلك السلطات للاختصاصات التى أسندت إليها بحيث لا تتجاوزها إلى غيرها من ناحية ، وما يكفل ضمان وتأكيد هذه الحقوق والحريات الفردية من ناحية

أخرى ، ويتحقق ذلك عن طريق رقابة أعمال تلك السلطات وما يرتبه ذلك من توقيع جزاء من شأنه أن يبطل العمل المعيب سواء أتم هذا البطلان بطريق مباشر أم غير مباشر وهذا ما يطلق عليه اصطلاحًا « **الرقابة على أعمال الدولة** » فتلك الرقابة أمر ضرورى لضمان احترام السلطات لمبدأ الشرعية

فتستقيم تبعًا لذلك الأوضاع القانونية فى الدولة وتسير علاقة الأفراد بها على نحو سليم ، وصور الرقابة فى هذا المجال ثلاثة ، فهناك الرقابة السياسية والإدارية والقضائية :

١ - فالرقابة السياسية :

هى رقابة وقائية تسبق صدور القانون وتتمثل فى رقابة البرلمان أو العمل الإدارى لأعمال السلطة التنفيذية أو الادارة ، وذلك مثلا عن طريق توجيه أسئلة أو استجوابات إلى الوزراء تتعلق بأعمال وزاراتهم ، وحق البرلمان فى تعيين لجان من بين أعضائه لاجراء تحقيقات فى أية مصلحة من مصالح الدولة .

٢ - والرقابة الإدارية :

هى رقابة ذاتية إذ تقوم الإدارة بمراقبة نفسها بنفسها فتقوم بتصحيح ما تكتشفه من أخطائها فى أعمالها المختلفة أو ما يكشف عنه الأفراد فى تظلماتهم المرفوعة إليها ، وبذلك تأخذ هذه الرقابة صورتين : أحدهما تلقائية والثانية مبنيه على تظلم الفرد، وتتبدى سلطة الإدارة فى الرقابة على أعمالها - أى أعمال موظفيها - فى الغاء هذه الأعمال أو سحبها وذلك لعدم مشروعيتها أو لعدم ملائمتها حسب الأحوال .

٣ - الرقابة القضائية :

وهى تعتبر أهم صور الرقابة على تصرفات الدولة ، وذلك أن القضاء هو الجهة المؤهلة لحماية مبدأ الشرعية من العبث به أو الخروج عن أحكامه ويقوم القضاء بهذه المهمة إذا ما توافرت الضمانات الكافية التى تكفل له الاستقلال فى أداء وظيفته بحيث يتمكن من القيام بالرقابة على أكمل وجه ، وفى ذلك ينص الدستور الدائم لسنة ١٩٧١ فى المادتين (٦٤ ، ٦٥) منه على « سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة ، وتخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات » .

ويلاحظ أن الرقابة القضائية تمتد إلى سلطات الدولة كلها إذ تسرى على السلطة التشريعية (رقابة دستورية القوانين) والسلطة التنفيذية (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة) بل والسلطة القضائية ذاتها (الرقابة بطرق الطعن فى الأحكام) .

فبالنسبة للرقابة القضائية على دستورية القوانين :

فهى تعد رقابة لاحقة على صدور القوانين ، وهى تعد فى حقيقتها أكمل أنواع الرقابات وأوفاها لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم بحسبان أن أعضاء الهيئة القضائية لهم من الكفاية والدراسة القانونية والحيدة ما يصون تلك الحقوق والحريات كما أن الاعتراف للقضاء برقابة دستورية القوانين لا يتعارض أبدًا ومبدأ الفصل بين السلطات ، بل هو تطبيق وتأكيد صحيح لذلك المبدأ الدستورى العريق .

فإذا كان هناك تنازع بين قانونين عادى ودستورى أو كان حل التنازع موجود فى قانونين متعارضين عادى ودستورى ، تعين على القاضى أن يطبق الدستورى باعتباره القانون الأعلى مستبعدًا القانون العادى .

فاختصاص السلطة القضائية اختصاص سلبى إذ يقتصر على بيان كلمة القانون وتطبيقه على المنازعات ، لذا قيل بحق أن السلطة القضائية هى أضعف السلطات الثلاث فى الدولة ، فى حين أن اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية اختصاص ايجابى ، بمعنى أن الأولى تصدر القوانين والأخرى تصدر قرارات إدارية تنفيذية أو تنظيمية أو لوائح ، وكلاهما قد يمس حقًا من حقوق الأفراد أو حرياتهم التى كفلها الدستور ، وفى تلك الحالة يتعين أن يكون من حق الأفراد اللجوء للقضاء ، ذلك الميزان الذى يحقق العدالة ويعطى لكل ذى حق حقه .

ورقابة القضاء على دستورية القوانين تتخذ شكلين ، الأول وهو الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية إذ يرفعها صاحب الشأن أمام المحكمة المختصة – ودون أن يكون هناك نزاع مطروح لدى القضاء – طالبًا فيها الحكم بالغاء القانون المخالف لأحكام الدستور ، وأما الشكل الثانى فهو : الرقابة القضائية عن طريق الدفع ، حيث نكون بصدد نزاع مطروح أمام القاضى ، ثم يدفع أحد الأخصام بعدم دستورية القانون الذى يطبق على ذلك النزاع .

هذا وقد نص الدستور الصادر سنة ١٩٧١ فى المادة (١٧٥) على « تولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح » .

الرقابة القضائية على أعمال الإدارة :

وتبدو أهمية الرقابة القضائية هنا لأن رجال السلطة التنفيذية بحكم عملهم يحتكون بالجمهور أكثر من رجال السلطتين التشريعية والقضائية ، ومثل ذلك الاحتكاك من شأنه أن يجعلهم يتأثرون فى تعاملهم – أحيانًا – بالاعتبارات الشخصية المختلفة التى تنحرف بالعمل الإدارى عن دائرة الصالح العام . كذلك يلاحظ أن السلطة التنفيذية تتمتع بحكم وظيفتها بمجموعة من الامتيازات الخطيرة التى قد تهدد – عند استخدامها – حقوق الأفراد وحرياتهم ، وربما تلجأ الإدارة إلى ممارسة امتيازاتها لمحاباة البعض أو لمحاربة البعض أحيانًا وفى الحالتين إضرارًا بالمصلحة العامة ، لكل ذلك نجد أن الرقابة الإدارية الذاتية – والتى سبق ذكرها – لا تكفى فى هذه الحالات ، ولذا فيجب أن توجد رقابة خارجية عن الإدارة يتولاها القضاء الأمر الذى يترتب عليه حماية الحقوق والحريات الفردية ، وبهذه الطريقة تصبح الدولة قانونية من الناحيتين النظرية والعملية الواقعية .

هذا والرقابة القضائية على أعمال الأدارة عندنا فى مصر يتولاها القضاء الإدارى (مجلس الدولة) وهى تتبدى فى صورة طلب وقف تنفيذ قرار إدارى أو الغاؤه أو الحكم بتعويض مقابل الأضرار التى لحقت بالفرد من جراء تصرف الإدارة .

وأخيرًا فإن الرقابة

القضائية على أعمال السلطة القضائية ذاتها، إنما تتمثل فى طرق الطعن على الأحكام القضائية سواء طرق الطعن العادية أم غير العادية .

وعند الحديث عن ضمانات حقوق الأفراد وحرياتهم ، ينبغى على الباحث أن يذكر « **حق التقاضى واستقلال القضاة** » وحق التقاضى يعنى حق التجاء الأفراد الى القضاء فيما يدعونه من حقوق ، وهو حق كفله الدستور المصرى الحالى وذلك بالنص عليه فى المادة (٦٨) « التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى ، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا ، ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء » .

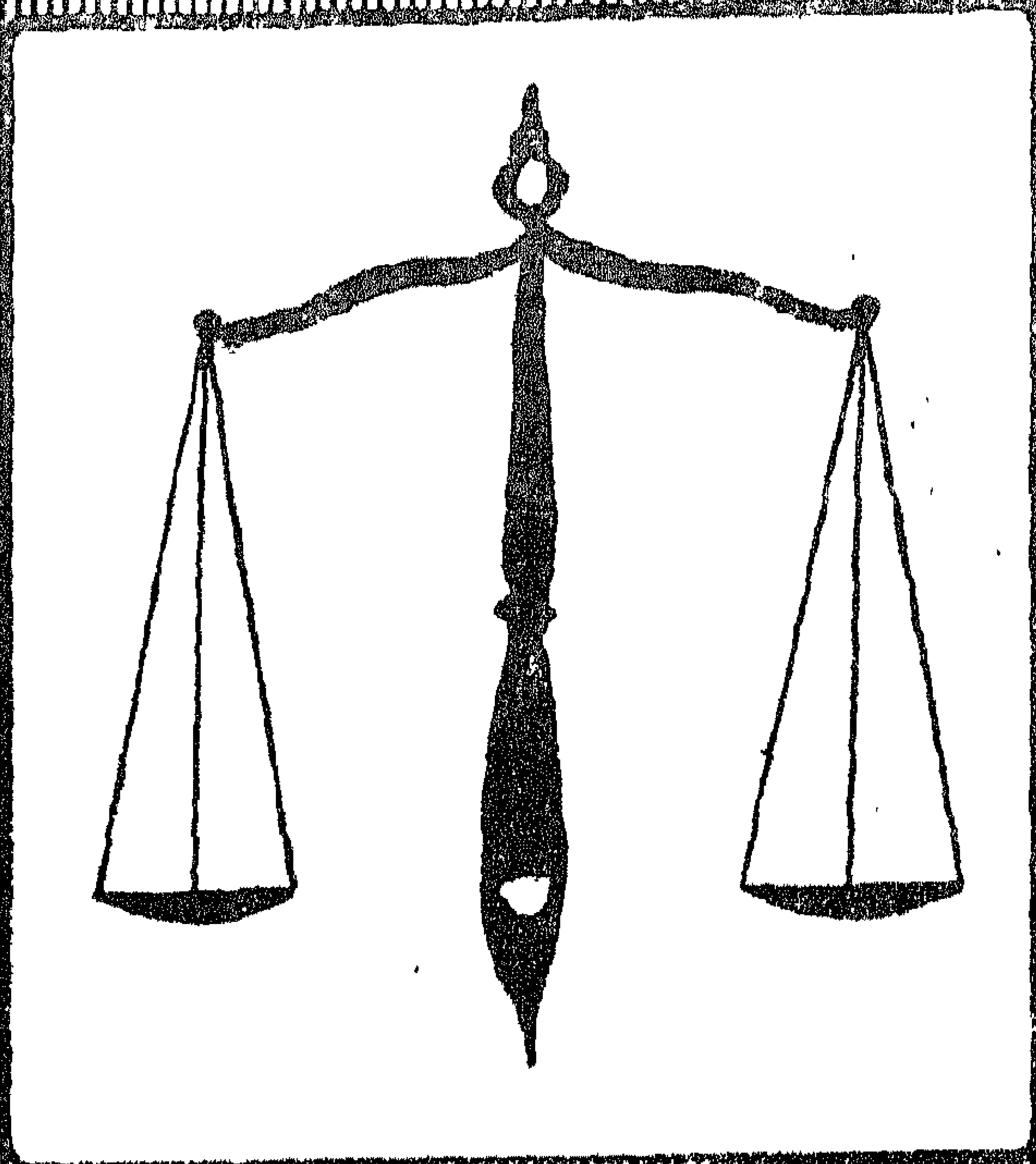
فهذا الحق يعد حقًا دستوريًا فلا يجوز حرمان أى فرد من التمتع به ، ولا يصح لأى جهة فى الدولة أن تنال منه وعلى أية صورة من الصور ، والقول بغير ذلك يجعل أحكام الدستور والقانون عدمًا من ناحية ، ويعطل وظيفة السلطة القضائية من ناحية أخرى .

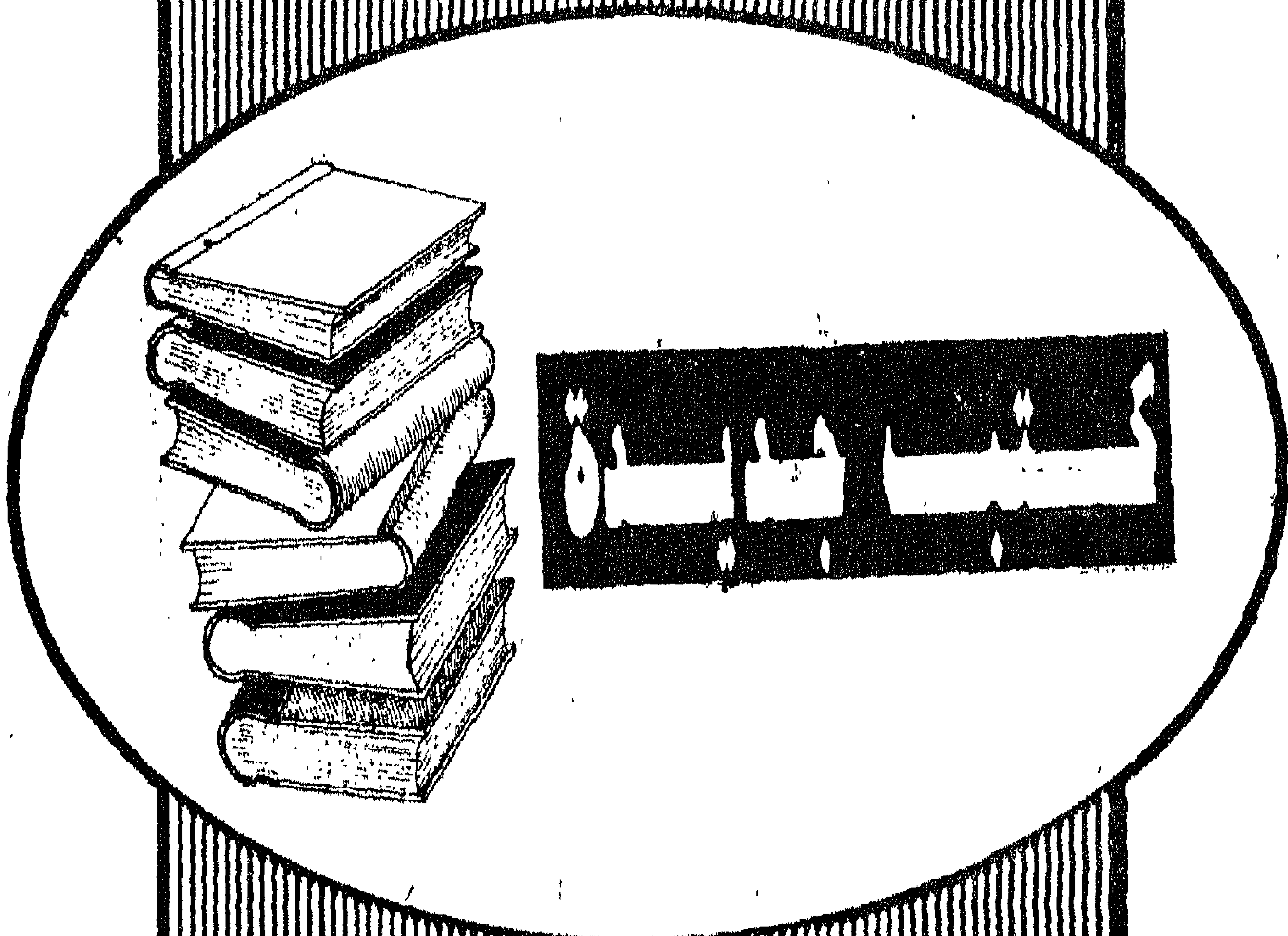
ويضاف الى ذلك أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ويكفل القانون لغير القادرين ماليًا وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم (م ٦٩) كما أن الدعوى الجنائية لا تقام إلا بأمر جهة قضائية (م ٧٠ ؛) ، والمتهم برىء حتى تثبت ادانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه وكل متهم فى جناية يجب أن يكون له محامى يدافع عنه (م ٦٧) ويجب أن يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض أو الاعتقال فورًا ، ويكون له حق الإتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الإستعانة به .. ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه ، وله ولغيره حق التظلم أمام القضاء من الإجراء الذى قيد حريته الشخصية (م ٧١) .

وكل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضًا عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء (م ٥٧) .

والسلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها وتصدر أحكامها وفق القانون ، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة ، والقضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مسائلتهم تأديبيًا (المواد ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٦٨ من الدستور المصرى) .

وفى الختام يجب أن نذكر أن أسمى مراتب المحاماة وأغلى معانيها هو أن يقف المحامون بجانب مظلوم تحالفت عليه القوى ، وأن يتحملوا معه شطرًا مما يقاسيه ، فهذه هى حقيقة مهنة المحاماة المقدسة .. كما أن صلابة الدولة القانونية إنما تقوم فى الدرجة الأولى على تأمين حريات المواطن فى شتى صورها ، وعلى تأكيد مبدأ الشرعية وسيادة القانون فى ظل رقابة السلطة القضائية على مختلف أعمال الدولة وذلك لأن القانون – فى هذه الدولة – خادم للحريات وليس سيفًا مصلطًا عليها .




كتب

المحاكم الخاصة فى مصر

للسيد الدكتور / أسامة الشناوى
رئيس المحكمة ومساعد المدعى العام الاشتراكى

للدولة القانونية الحديثة ثلاث وظائف أساسية هى التشريع والتنفيذ والقضاء وتنظيم هذه الوظائف يقتضى الأخذ بأحد حلين : إما توزيعها بين هيئات متعددة ، أو تركيزها فى يد واحدة .

ولما كان كل من يحوز سلطة ، يقوم به ميل الى التعسف فيها والاستبداد بها الى أن تقوم فى مواجهته سلطة أخرى تحده ، فقد اعتنقت معظم الدول المتمدنة مبدأ الفصل بين السلطات ، بحيث تنشأ لكل سلطة أو وظيفة هيئة عامة متخصصة ، واحدة لوظيفة التشريع ، وأخرى لوظيفة التنفيذ ، وثالثة لوظيفة القضاء ، ومن ثم فانه فى ضوء هذا التوزيع تتوفر الحمايه الحقيقية لحريات المواطنين .

وتقسيم وظائف الدولة الى تشريع وتنفيذ وقضاء ، تقسيم قديم قال به أرسطو الذى قسم أعمال الدولة الى الفحص والأمر والقضاء ، ووزع تلك الوظائف على أساس هذا التقسيم .

١ - المجلس العام الذى يقوم بفحص ومناقشة الأعمال العامة .
٢ - كبار الموظفين الذين لديهم سلطة الاكراه .
٣ - المحاكم التى تفصل فى المنازعات .

الا أن مبدأ الفصل بين السلطات هذا - الذى قال به مونتسكيو ومن قبله أفلاطون وأرسطو - لا يؤخذ على اطلاقه وانما ترد عليه بعض التحفظات ، لأنه لو كان هذا المبدأ قائمًا دائمًا ، ولو كانت كل سلطة من السلطات الثلاث المعروفة ، تقوم بالوظيفة التى تحمل اسمها ، وتقوم بها وحدها دون مشاركة مع غيرها ، ولا تقوم بشىء سواها ، لهان الأمر ولتمشى التقسيم العضوى لتلك السلطات مع التقسيم الوظيفى ، ولما احتاج تمييز وظائف الدولة وأعمالها الى أى عناء .

ولكن الأمر لم يكن كذلك دائمًا ، فقد طرأ على مبدأ الفصل بين السلطات تطورات جعلت اختلاط الوظائف بين هيئات الدولة المختلفة أمرًا مألوفًا ، فالهيئة الواحدة قد تؤدى أكثر من وظيفة فى آن واحد ، ومن ثم فان الفصل بين السلطات لم يكن تامًا أو جامدًا ، وانما فى الواقع والتطبيق العملى للمبدأ كان هناك تعاون وتعاضد بين تلك السلطات ، كما يوجد بين وظائف الدولة تداخل الى حد ما ، فعضو التشريع - البرلمان - قد يقوم بغير التشريع ، أى قد يقوم بالتنفيذ والقضاء ، وعضو التنفيذ قد يقوم بالتشريع والقضاء ، وعضو القضاء - المحاكم - قد يقوم بالتنفيذ وما يشبه التشريع .

ومن ثم فان غاية ما انتهى اليه مبدأ الفصل بين

السلطات ، هو أن كل عضو من أعضاء السلطة أصبح يقوم بالوظيفة التى يحمل اسمها أساسًا ، ويقوم بالوظيفتين الأخرتين على سبيل الاستثناء ، ونتيجة لذلك أصبح من العسير التمييز بين وظائف الدولة الثلاث بناء على معيار عضوى أو شكلى ، وكان لابد من اللجوء الى المعايير الموضوعية أو المختلطة .

ولا مراء فى أن من أهم وظائف الدولة وأقدسها اقامة العدل بين الأفراد ، بل أن تلك الوظيفة تعتبر مبررًا أساسيًا من مبررات وجود الدولة ذاتها ، ولذلك تعهد كل دولة بتلك الوظيفة الى سلطة رئيسية من سلطاتها ، وهى السلطة القضائية ممثلة فى المحاكم .

واذا كانت الوظيفة القضائية فى جوهرها هى حسم المنازعات والفصل فى الخصومات وفقًا لحكم القانون ، باتباع اجراءات خاصة تتخذ أشكالاً معينة يقوم بها الخصوم والقاضى وأعوانه ، الا أن هذا التحديد للوظيفة القضائية ليس متفقًا عليه ، بل هو مثار خلاف بين أنصار النظريات المختلفة فى تحديد معيار العمل القضائى .

ومع التطور أصبحت الدولة تقوم بواجبات متعددة فى جميع المجالات ، من اقتصادية واجتماعية وثقافية ، وهى وظائف لم تكن تقوم بها فى ظل سيادة المذهب الفردى ، كما أصبحت الدولة الحديثة تأخذ على عاتقها مهام كثيرة وجسيمة ازاء الأفراد ، وقد أدى ذلك الى اعطاء الفرد مزايا كثيرة ومتعددة ، لا ترقى الى مرتبة الحقوق بمعناها الدقيق ، وأصبح من الواضح أن ضمان حصول المواطن على هذه المزايا يحتاج الى رقابة فعلية من هيئات محايدة قدر الامكان .

وفى سبيل تنظيم تلك المهام ، تصدر الدولة تشريعات عديدة ، تتضمن حقوقًا للمواطنين أو التزامات عليهم ، وهذا يعنى مشاكل جديدة مع الادارة ، تعجز المحاكم – عادية أو ادارية – مع كثرتها وتنوعها وفنيتها ، عن القيام بكل هذا العبء بطريقة فعالة وسريعة ، مما حدا بالمشرع أن ينشىء الى جانب الهيئات القضائية المعتادة التى تقوم بالوظيفة القضائية ، هيئات أخرى تقوم أيضًا بذات الوظيفة القضائية ، وهى التى يطلق عليها عادة – وخاصة فى مصر – اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى ، وان كنا نفضل اصطلاح المحاكم الخاصة ، لأن هذا الاصطلاح يشمل أيضًا الهيئات الأخرى التى ليست ادارية .

وانشاء المحاكم الخاصة التى اتخذناها موضوعًا لهذه الرسالة – الى جانب المحاكم العادية – ليس أمرًا مرغوبًا فيه من ناحية المبدأ ، لأنه يخل بوحدة التنظيم القضائى ، ولأن هذه المحاكم الخاصة بحكم تشكيلها من عناصر غير قضائية ، واحتمال ضعف الرقابة عليها فى أدائها لعملها ، لا توفر نفس الضمانات التى تتوافر فى القضاء العادى ، ولذلك كان من الطبيعى أن يحاربها رجال القانون ، بل والمشرع نفسه فى بعض الأحيان تأسيسًا على أنها تشكل مساسًا بمبدأ المساواة بين المواطنين ، كما أنها تبعدهم عن قاضيهم الطبيعى .

الا أنه ورغم كل هذه الاعتبارات النظرية ، غير أن الواقع العملى يكذبها بوجود

ظاهرة عامة تتمثل فى ازدياد عدد المحاكم الخاصة ، وأنها فى اضطراد مستمر ، والاعتبارات العملية هى التى أدت الى هذه الظاهرة .

ومخاطر المحاكم الخاصة ، مخاطر حقيقية ، ومن الخطأ أن نحاول التقليل من شأنها فى سبيل تبرير استمرار وجود هذه المحاكم ، ولكن كيف السبيل الى درء هذه الأخطار وتجنبها ؟

إن أبسط وسيلة من حيث الظاهر على الأقل ، هى الغاء المحاكم الخاصة كلية ، الا أن هذه الوسيلة غير عملية ، لأن الأسباب التى أدت الى انشاء المحاكم الخاصة أسباب واقعية وحقيقية ، وهى تستجيب لتطورات فعلية فى التنظيم السياسى والاقتصادى والاجتماعى لا يمكن تجاهلها .

وليس صحيحًا أن المحاكم الخاصة تمثل من حيث المبدأ اعتداء على حسن أداء الوظيفة القضائية ، وذلك لأن المحاكم الخاصة فى الحقيقة تمثل امتدادًا للوظيفة القضائية واتساعًا لها لتشمل مجالات جديدة الى جانب المجالات التقليدية .

وحرص المشرع على انشاء المحاكم الخاصة ، دليل على رغبته واتجاهه نحو توفير ضمانات أكبر للمواطنين ، لأن المحاكم الخاصة فى كثير من الحالات تباشر اختصاصات ، هى فى الأصل اختصاصات داخلة فى نطاق الأعمال الادارية ، والملاحظ أن الادارة أصبحت تفضل - عندما يكون ذلك ممكنًا - أن تتصرف بطريقة قضائية ، وذلك عملاً منها على توطيد مبدأ الشرعية فى مرحلة اعداد القرار ، وعدم الاكتفاء برقابة المشروعية اللاحقة على صدور العمل أو القرار والوقاية على أى حال خير من العلاج .

وهكذا وبظهور المحاكم الخاصة ، يمكن القول بأنه توجد ثلاثة أنواع من الأعمال : أعمال ادارية بحتة تقوم بها الهيئات الادارية ، وأعمال قضائية تتخذ بواسطة المحاكم الخاصة أو اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى ، وأعمال قضائية بحتة تتخذ بواسطة المحاكم العادية .

ويمكن القول بأنه يوجد تدرج فى الأعمال ، وأنه يوجد بين الأعمال الادارية البحتة والأعمال القضائية البحتة أعمال على الحدود ، أو يوجد نوع متوسط من الأعمال ، وهى التى تصدر عن المحاكم الخاصة واللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى .

ومن كل ما تقدم ، وازاء وجود هذا العدد الضخم من المحاكم الخاصة ، وازاء تزايدها يومًا بعد يوم بالرغم من المناداة بالحد منها ، وازاء خطورة ما يسند الى تلك المحاكم الخاصة من أعمال واختصاصات ، ونظرًا لتراكم الأعداد الهائلة من القضايا أمام القضاء العادى - فقد وصل عدد القضاة فى مصر كما ورد بسجل القضاء سنة ١٩٩٠ (٤٦٣٣) عضوًا منهم (٩٨٦) عضوًا بالنيابة العامة وحوالى (٦٤٧) عضوًا بين منتدب أو معار ، ومن ثم يكون الجالسون على المنصة فعلاً لا يتعدون (٣٠٠٠) قاضى ، عليهم أن ينظروا فى أكثر من تسعة ملايين قضية خلال الموسم القضائى ، الأمر الذى معه يصل نصيب كل قاضى منها الى ما يربو على الثلاثة آلاف قضية ينظرها فى الموسم وهذا ما أدى الى أن

تظل بعض القضايا تتداول فى ساحات المحاكم لمدد تربو على الخمسة عشر عامًا ، وليس بخاف أن العدالة البطيئة نوع من الظلم .. بل هى الظلم بعينه .

لكل ما تقدم - استهوانى موضوع المحاكم الخاصة - لخطورته ، خاصة وأن الكتابة المباشرة فيه تكاد تكون منعدمة ، ولم يول هذا الموضوع القدر اللازم من الاهتمام رغم أن ظاهرة المحاكم الخاصة تتزايد وتتنوع يومًا بعد يوم مع تنوع أنشطة الدولة وتزايدها كنوع من الادارة القاضية على حساب ما يسمى بالادارة العاملة ، بل أن كثيرًا ما يحدث أن تتحول هذه الجهات الى محاكم حقيقية .. وهذا ما تؤكده النظرة الشاملة فى الزمن الطويل ، ومن أبرز الأمثلة على هذا (المحاكم التأديبية) فقد كانت من الاختصاصات الخالصة لرجال الادارة ، ثم صارت فى جزء كبير منها من اختصاص المجالس التأديبية الى أن صارت محاكم حقيقية .

انها حتمية التاريخ ، وتطور الوعى العام نحو الحرص على مزيد من الضمانات فى العلاقات بين المحاكم والمحكوم ... أنه البحث الدائب للشعوب الأخذة فى النمو عن موازين أكثر دقة فى توزيع العدل ، وتحقيق المساواة بين سائر المواطنين ، ومن ثم فان القضاء بضماناته الأوفى يزحف الى ميدان الجهات الادارية ذات الشكل القضائى ويحل محلها ... كما أن هذه الأخيرة تمتد بدورها الى ميادين الادارة العاملة .

وقد رأينا أن نتناول موضوع المحاكم الخاصة فى قسمين :

خصصنا القسم الأول : لدراسة المحاكم الخاصة فى مصر دراسة عملية ، تعرضنا فيه لأغلب أو معظم المحاكم الخاصة فى مصر ، وذلك لاظهار الحجم الحقيقى لتلك الظاهرة ، ومدى تعددها وتغلغلها فى جميع المجالات ، لنتبين مقدار خطورتها وأنها موجودة بالفعل ، ولا يستطيع أن ينكرها أحد ، الأمر الذى معه بذلنا قصارى الجهد فى جمع أكبر عدد من هذه المحاكم ، والتى كانت عبارة عن شتات منتشر فى جميع الميادين ، وبالرغم من هذا لا ندعى أن ما أتينا به من تلك المحاكم كان جامعًا مانعًا لها ، بل لأغلبها فقط ، وذلك لكونها منتشرة فى كل مجال وتنوع عن الحصر .

ولما كانت ظاهرة المحاكم الخاصة لا هى بالأزلية ، ولا هى بالأبدية وانما تظهر وتختفى بظهور واختفاء دواعيها ، ومن ثم لم نتقيد فى تناولنا للمحاكم الخاصة القائمة فعلاً ، وانما عرضنا أيضًا لنماذج من تلك المحاكم لم تعد موجودة بعد الاستغناء عنها ، ولكن دراستنا لها ترسم لنا الطريق للحكم على طبيعة تلك المحاكم وتكييف ما يصدر عنها من أعمال سواء القائم منها أو ما يمكن أن يظهر فى المستقبل .

وكانت خطة دراستنا لتلك المحاكم الخاصة قائمة على تصنيفها تبعًا للمجالات المختلفة التى تظهر فيها ودراسة تشكيل كل محكمة وبيان لاختصاصاتها واجراءات وضمانات التقاضى المتبعة أمامها وطرق الطعن فيما يصدر عنها من أعمال ، وأنهينا دراستنا لكل لجنة أو محكمة بتقييم لما احتوته من مظاهر ادارية أو قضائية لنبين

تكييفها القانوني وطبيعة ما يصدر عنها من أعمال .

وقد قدمنا هذا القسم بفصل تمهيدى أجبنا فيه عن تساؤل مفاده .. هل كان للمحاكم الخاصة وجود فى الاسلام ؟ وعرضنا فى هذا الفصل للتحكيم فى الاسلام وقضاء العسكر أو الجند ، ولمحاكم الحجبة الخاصة ، والمحاكم القنصلية الاستثنائية .

١ - وعن المحاكم الخاصة فى مجال البناء والاسكان :

عرضنا للجان فرص مقابل التحسين، ولجان تقرير القيمة الايجارية ، ولجان تسوية الديون العقارية، ولجان هدم المنشآت الآيلة للسقوط.

٢ - وفى مجال التشريع :

عرضنا للجان فحص طلبات الترشيح وفحص الاعتراضات بمجلس الشعب ، وللجنة شئون الاحزاب السياسية.

٣ - وفى مجال التعليم :

عرضنا لمجالس التأديب الخاصة بالجامعات والمعاهد العليا والتربية والتعليم، ولجان فحص الانتاج العلمى .

٤ - وفى مجال التموين عرضنا للجان الاستيلاء فى حالة التعبئة العامة ولجان تقدير التعويض عن الأشياء المستولى عليها .

٥ - وفى مجال الخارجية عرضنا للجان الخاصة بأعضاء السلكين الدبلوماسى والقنصلى.

٦ - وفى المجال الدينى ... عرضنا للمجالس الملية، وللجان القسمة بوزارة الاوقاف ولجماعة كبار العلماء المختصة بمحاكمة علماء الأزهر.

٧ - وعن المحاكم الخاصة فى مجال الزراعة، عرضنا للجان تقدير ايجار الأراضى الزراعية، وللجان التعويض عن تقليع النباتات أو اعدامها ، وللجان الفصل فى المنازعات الزراعية، وللجان القضائية للاصلاح الزراعى.

٨ - وبالنسبة للمحاكم الخاصة ذات الصبغة السياسية عرضنا لمحكمة الثورة ومحكمة الغدر ولجان التطهير، ولجنة الأموال المصادرة لأسرة محمد على، ومجلس الغنائم، ولجان تقييم المنشآت المؤممة، وللمحكمة الخاصة بغرض الحراسة، ولجان تصفية الحراسات، ولمحاكم أمن الدولة ولمحكمة القيم.

٩ - وفى مجال المحاكم الخاصة بالشرطة والقوات المسلحة عرضنا للجنة الفصل فى طلبات تصحيح قيد الأحوال المدنية، وللمجلس الأعلى للشرطة، وللجان ضباط وضباط صف وجنود القوات المسلحة، وللجان تعويضات أفراد القوات المسلحة .

١٠ - وفى مجال الصناعة عرضنا للجنة القضائية للهيئة العربية للتصنيع .

١١ - وفى مجال العمل والتأمينات الاجتماعية ... عرضنا للجان التسوية الودية والتحكيم فى منازعات العمل الجماعية، وللجان التحكيم الطبى المنصوص عليها فى قانون التأمين الصحى.

١٢ - وعن المحاكم الخاصة فى مجال القضاء ، عرضنا لمجلس تأديب القضاء ، ولدائرة فحص طعون وتظلمات رجال القضاء بمحكمة النقض، ومجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة ، ولجنة التأديب والتظلمات

بهيئة قضايا الدولة، ولجان المساعدة القضائية للاعفاء من الرسوم .

١٣ - وفي مجال الضرائب عرضنا للجان الطعن الضريبي.

١٤ - وفي مجال الملكية عرضنا للجان الفصل في المعارضات الناشئة عن نزع الملكية للمنفعة العامة.

١٥ - وعن المحاكم الخاصة في مجال النقابات المهنية تناولنا لجان قيد وتقدير أتعاب وتأديب المحامين ، والمهندسين ، والموسيقيين، والسينمائيين والاطباء، والصحفيين.

١٦ ، ١٧ - وختمنا هذا القسم بفصلين خصصنا أحدهما لقضاء التحكيم والآخر لقضاء التأديب .

- وخصصنا القسم الثاني لوضع نظرية عامة للمحاكم الخاصة كانت جميعها نتاج دراستنا العملية لها في القسم الأول.

- وبدأنا هذا القسم بفصل تمهيدي حاولنا فيه وضع تعريف للمحاكم الخاصة والتمييز بينها وبين المحاكم العادية والعلاقة بينهما، وأسباب نشأة المحاكم الخاصة ومبررات بقائها ومدى دستوريتها . ثم قسمنا هذا القسم لخمسة فصول :

- **الفصل الأول :** تناولنا فيه تشكيل المحاكم الخاصة:

وعرضنا في هذا الفصل للانماط المختلفة للمحاكم الخاصة من حيث التشكيل، ومدى توائمها مع فكرة القاضي الطبيعي واتساقها مع مبدأ المساواة بين المواطنين.

وختمنا هذا الفصل باقتراح تشكيل أمثل للمحكمة الخاصة.

وفي الفصل الثاني : تناولنا اجراءات التقاضي المتبعة أمام المحاكم الخاصة ومدى تقيدها واحترامها لأسس وضمانات التقاضي، وعرضنا في هذا الفصل للقواعد الاصولية للتقاضي من تواجهية ، وحرية الدفاع ، وحياد القاضي وعدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم ، وعدم جواز قضاء القاضي بعلمه، والمساواة بين الخصوم أمام القضاء، وتسبيب الاحكام كضمانة هامة من ضمانات التقاضي.

من هذا كله في ضوء ما درسناه من محاكم خاصة في القسم الاول، وانتهينا في هذا الفصل الى أنه يجب على المحاكم الخاصة وقد أعطاها القانون ولاية القضاء للفصل في خصومة .. وهي بهذه الصفة أن ترتبط بالاصول الهامة والمبادىء العامة للتقاضي.

- **وفي الفصل الثالث :** عرضنا لاختصاصات المحاكم الخاصة ورأينا أنها أما تختص بفئة أو قطاع معين من الأفراد أو تختص بموضوع أو منازعة معينة ، ورأينا أن هذه الصورة من صور الاختصاص تعتبر من قبيل الاختصاص الوظيفي أو الولائي، لأن الدولة هي صاحبة الولاية العامة أو الشاملة وهي تملك أن تعهد بها الى جهة قضائية واحدة، أو أن توزعها على عدة جهات، تخص كلا منها بقسط من تلك الولاية، وناقشنا أيضا مسألة الاحالة بين المحاكم الخاصة والمحاكم العادية تطبيقا للمادة ١١٠ من قانون المرافعات.

وفي الفصل الرابع : تناولنا طبيعة ما يصدر عن المحاكم الخاصة من أعمال وحجيتها، وتعرضنا لمشكلة المعايير المميزة للعمل

القضائى فى الفقه سواء الشكلية أو الموضوعية أو المختلطة منها، وفى أحكام القضائيين العادى والادارى فى كل من مصر وفرنسا وتبين لنا أنه من الصعوبة بمكان استخلاص مذهب محدد أو معيار واضح يتخذه القضاء فى تحديده لمدلول لعمل القضائى، ويعزى ذلك فى المقام الأول الى الطابع العملى لمشكلة التمييز بين الحكم القضائى والقرار الادارى، والى تنوع القرائن والعلامات التى تدل على الصفة القضائية لهيئة ما.

- وقد أنهينا هذا الفصل بمعيار اقترحناه لتمييز العمل القضائى عن العمل الادارى وهو محض اجتهاده... عرفنا فيه العمل القضائى بأنه «كل فصل على أسس قاعدة قانونية، فى خصومة أو ادعاء بمخالفة القانون، بقرار يصدر من موظف عام أو هيئة عامة ، محايدة ومنبتة الصلة أو مستقلة عن طرفى الخصومة، وفق أسلوب واجراءات وأشكال قضائية محددة.

- **وخصصنا الفصل الخامس والأخير من القسم الثانى :** للرقابة على أعمال المحاكم الخاصة، ورأينا فى هذا الفصل أن أفضل الحلول الى تلافى اخطار المحاكم الخاصة وتجنبها هو اخضاعها لرقابة دقيقة سواء عن طريق اباحة الطعن على أحكامها سواء أمام المحاكم العادية أو الادارية ، واخضاعها من الناحية الادارية للرقابة الدقيقة والمتابعة من جانب وزارة العدل وهى الوزارة المسئولة عن القضاء فى مصر ... وقد اقترحنا بعض التوصيات فى هذا المجال منها :

١ - البدء من جانب وزارة العدل بحصر واحصاء كافة التشريعات التى تتضمن انشاء محاكم خاصة فى مصر - وما أكثرها - وتبويبها، وتصنيفها واجراء دراسة مقارنة فيما بينها، وتعديل ما يجب تعديله منها ، توصلا الى معيار أمثل ووضع نموذج مثالى يحتذى به عند انشاء محكمة خاصة.

٢ - يجب الحرص على تواجد العنصر القضائى أو القانونى على الأقل، عند تشكيل المحكمة الخاصة، وأن تكون له الرئاسة، وأن يكون تعيينه من قبل وزير العدل وليس الوزير المسئول عن الجهة الادارية، وهذا من شأنه توفير عنصر النزاهة والكفاءة فى عمل المحكمة الخاصة لتمرسه على تطبيق القانون .

٣ - يجب وضع تشريع يضمن قدرا معقولا من الاستقلال لأعضاء المحاكم الخاصة من غير رجال القضاء - من الاداريين - عن رؤسائهم الاداريين، بحيث يخضعهم هذا التشريع لتفتيش خاص على أعمالهم القضائية المتعلقة بالمحكمة الخاصة التى يتمتعون بشرف عضويتها، من قبل هيئة خاصة بهم تتبع وزارة العدل - كإدارة التفتيش على الإدارات القانونية - لمتابعة أعمالهم القضائية فنيا ، وينهى ندب من يثبت عدم صلاحيته فنيا للتصدى للعمل القضائى، وذلك حتى لا تكون المحاكم الخاصة مجرد أداة فى أيدى الرؤساء الاداريين، مما يؤثر تأثيرا سيئا فى ادائها لوظيفتها.

٤ - انشاء ادارة خاصة بهذه المحاكم فى وزارة العدل تكون مهمتها رقابتها من الناحية الادارية، وتلقى شكاوى الجمهور بشأنها والتحقيق فيها، وتقييم

مستويات الاداء فيها، والتقدم بمقترحات لاصلاحها على ضوء ما يتكشف عنه كل ذلك.

٥ – ادراج أعضاء المحاكم الخاصة – كل فى مجال تخصصه – مقدما فى سجلات كخبراء الجدول أو الحراس القضائيين، تخضع لاشراف وزارة العدل – ويستبعد منها ما يثبت عدم صلاحيته لممارسة العمل القضائى.

– وأنهينا الرسالة بخاتمة عن مستقبل المحاكم الخاصة فى مصر ورأينا أنها تقوم بدور أساسى فى المجالات المنوطة بها، ومن الصعب الاستغناء عنها كلية لاستحالة زيادة أعباء المحاكم العادية بإضافة الاختصاصات المتعددة للمحاكم الخاصة اليها، وكذلك لما لها من مزايا تتمثل فى السرعة وقلة تكاليف التقاضى أمامها، وكفاءة أعضائها من الناحية الفنية مما يجعل من وجودها اتساع لنطاق الوظيفة وليس افتئاتا عليها وهى أيضا ضمانة لصالح الافراد وقاضيا طبيعيا لهم وليس فيها خروج على مبدأ المساواة بينهم، بل أنها تمثل قيدا على حرية الادارة لصالح الافراد وفى هذا كله ما يبرر بقاءها والابقاء عليها .

العـدل والكفـر ...

الكافر العادل أفضل من المسلم الجائر، لأن الاول عليه كفره ولنا عدله ، والثانى له اسلامه وعلينا جوره ...

الامام الشاطبى

(★) ملخص رسالة الدكتوراه للسيد الدكتور اسام الشناوى رئيس المحكمة .

في رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الايمان بقضاء الله وقدره .. ينعى مجلس النقابة زملاء أعزاء انتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سندا . ويتضرع المجلس الى العلى القدير أن يتغمدهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وذويهم وزملاءهم الصبر والسلوان .

الأستاذ / عصام عبد المنعم الجمال	المحامى
الأستاذ / فايز عبد المعز حبيب	المحامى
الأستاذ / طلعت عبد الحكيم الخولى	المحامى
الأستاذ / أحمد رياض الشريف	المحامى
الأستاذ / سيد جاد عبدالله سالم	المحامى
الأستاذ / محمود عبد العزيز سيد أحمد	المحامى
الأستاذ / على محمد نصار	المحامى
الأستاذ / خليل محمد الشاهد	المحامى
الأستاذ / محمد كمال هيبه عيد بكر	المحامى
الأستاذ / حسن حلمى مراد	المحامى
الأستاذة / عفاف محمد العروسى	المحامية

فهـــرس العـــدد

الصفحة

الموضوع

الصفحة

رقم الايداع ٢٦١٠

دار الطباعة الحديثة

أول شارع الجيش - القاهرة

تليفون ٩٠٨٣١٨

مقالات في كلمات

كل شيىء يحتاج إلى العقل ، والعقل تجارب ،

عبدالله بن مروان

★ ★ ★

متى استعبدتم الناس ، وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً

أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

★ ★ ★

لو لم أكن مصرياً لوددت أن أكون مصريا .

الزعيم مصطفى كامل المحامى

★ ★ ★

من عرف الحق عزّ عليه أن يراه مهضوماً .

الإمام محمد عبده

★ ★ ★

الفضيلة علم ، والرذيلة جهل .

سقراط

★ ★ ★

أحق الناس بالشفقة ، أولئك الذين يتطلعون بأبصارهم إلى السحب وهم غارقون فى الأوحال .

حكيم

★ ★ ★

إن قهر النفس مطلب أصعب كثيراً من قهر العالم بالسيف والنار .

غاندى

★ ★ ★

إذا انتصرت الجيوش ، وانهزمت المبادىء ، فالويل للإنسانية .

حكيم

★ ★ ★

أعظم الدول ، دولة تبنى مستقبلها بسواعد أبنائها

جيفرسون

قالوا عن المحاماة

إن استقلال المحاماة عزيز على العدالة كما هو عزيز عند المحامين ، ولولا حرية المحامين فى أن يناقشوا وينتقدوا أحكام القضاء نفسه لتكررت الأخطاء وتراكمت ، واستحال إصلاحها وتجنبها ، ولأصبحت المحاكم مصدراً للمظالم بدلاً مما هى الآن عنوان الحقيقة والعدل .

« المحامى الفرنسى بيرونيه »

دار الطباعة الحديثة
ت : ٤٠٨٣١٨

تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

المحاماة



العددان التاسع والعاشر – نوفمبر وديسمبر ١٩٩٠ – السنة السبعون

بسم الله الرحمن الرحيم
وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ
صدق الله العظيم

كلمات من نور

قال صلى الله عليه وسلم :

إن فى الجنة مائة درجة أعدها الله للمجاهدين فى سبيل الله . ما بين الدرجتين كما بين السماء والأرض .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إن الصدق يهدى إلى البر ، وإن البر يهدى إلى الجنة ، وإن الرجل ليَصدق حتى يُكتب عند الله صديقاً ، وإن الكذب يهدى إلى الفجور ، وإن الفجور يهدى إلى النار ، وإن الرجل ليكذب حتى يُكتب عند الله كذابا .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من سأل الله تعالى الشهادة بصدق ، بلّغه الله منازل الشهداء ، وإن مات على فراشه.

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من دلّ على خير ، فلَه مثل أجر فاعله .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من ظلم قيد شبْر من الأرض ، طُوِّقه من سبع أرضين .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من لا يرحم لا يرحمه الناس .

★ ★ ★

ال صلى الله عليه وسلم :

لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

المحامون العرب وأزمة الخليج

انعقد المكتب الدائم لاتحاد المحامين العرب بمدينة الدار البيضاء لمناقشة أزمة الخليج ، وارتفعت هناك رايات العروبة رمزاً لإرادة عربية تتحدى التحدى ، وتجسيداً لتجمع عربى يرفض الركوع والتردى ، فالمحامون العرب دائما يستمسكون بما فرضه الله من أن هذه أمتنا العربية أمة واحدة ، وأنهم إذ يجتمعون فإنهم يحملون مصابيح الحق تنير للعروبة طريقها ، ويرفعون مشاعل الحرية فتجدد الأمل بإشراقة غد جديد ، ويعزفون نشيد العروبة فلا يتحزبون ولا يتفرقون ، ويمسكون بألوية القومية العربية فلا يختلفون ولايضلون ، إنهم كتائب حق تقتحم كل الصعاب والمحن ، وفصائل نضال تنتزع النصر من أنياب الزمن ..!!

اجتمع المكتب الدائم لاتحاد المحامين العرب ولايعنيهم إلا رأب الصدع الذى افتعله النظام الحاكم بالعراق ، فكانت أزمة الخليج التى أسفرت عن الحرب المجنونة ، بمثابة زلزال يستهدف هدم العروبة فى صلابتها وتاريخها ومستقبلها ، وهو زلزال يسعد به كل أعداء العروبة وخصومها ..!!

إن المحاماة رسالة رفيعة يلوذ بها الانسان منذ أن أدرك معنى الحق والحرية ، وحين يجتمع المحامون العرب فلا يشغلهم سوى قضايا الوطن العربى ، فكان حقا علينا أن نقول أن المكتب الدائم لاتحاد المحامين العرب هو برلمان العروبة الحقيقى الذى يؤكد فى كل مايصدر عنه من مقررات ونداءات – أن تظل الوحدة العربية سواء كانت وحدة صف أو هدف ، الدرع الواقى فى مواجهة الطامعين والغزاه ، بل لا نغالى إذا قلنا أن المكتب الدائم لاتحاد المحامين العرب هو المحكمة العربية التى تفصل فى كل ما يثور بين الدول العربية من خلاف ، فأعضاؤه صفوة هذه الأمة بما يملكون من سديد الرأى ورجاحة العقل ، وحسن إدراك ، ومساندة للحق والعدل ..!!

وإذا كان الله سبحانه وتعالى يلعن قوما ضاع الحق بينهم ، فإننا نحمد الله تعالى أن المحامين العرب عندما يجتمعون لن يضيع الحق بينهم ، بل تتأكد الحقوق فيما يصدر عنهم من قرارات .

تقديم

للسيد الاستاذ
عصمت الهوارى
المحامى

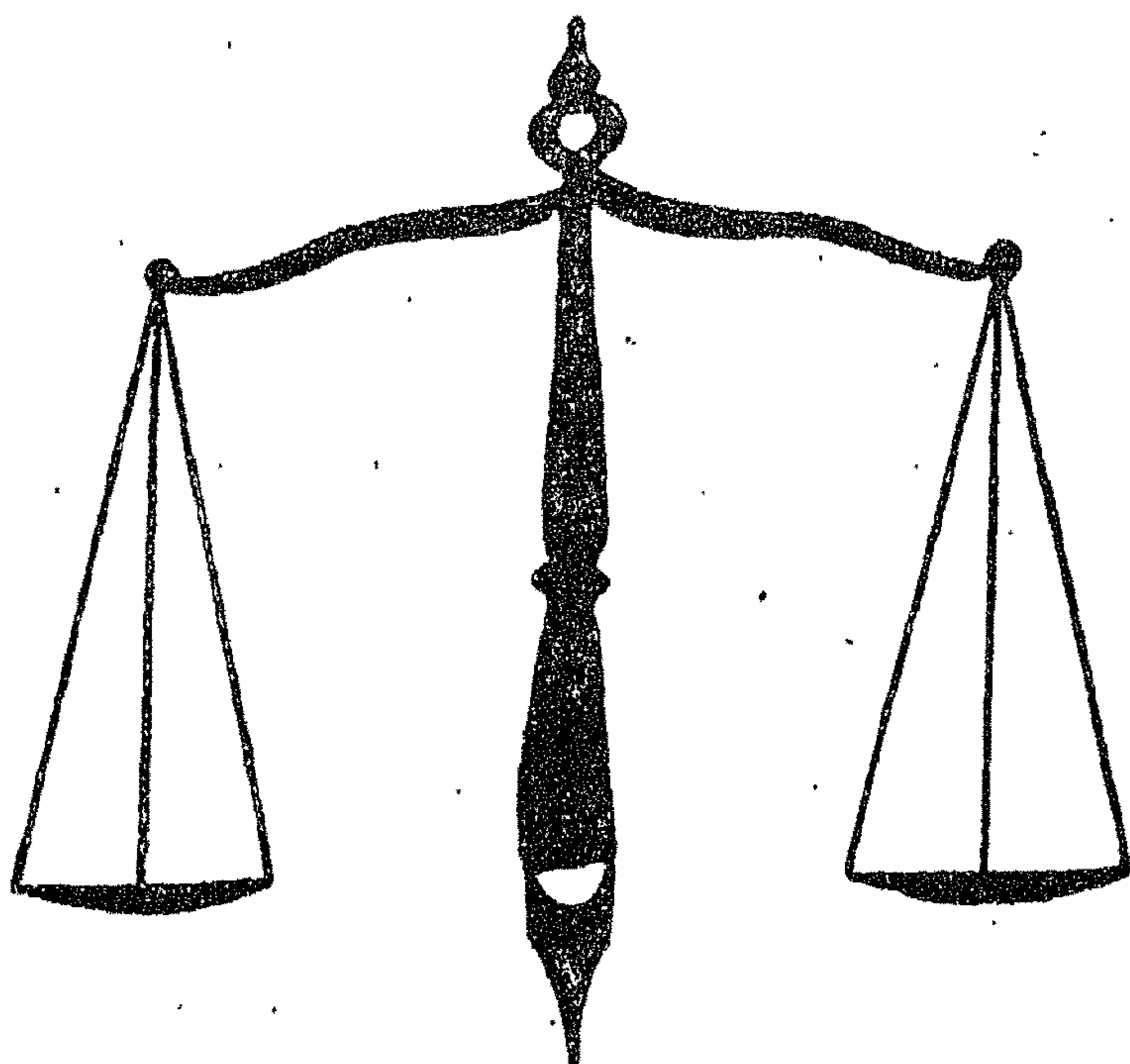
وكيل نقابة المحامين
وسكرتير التحرير

المحـامـون والمجـتمـع ...

إن المحامين قلب المجتمع النابض ، وسيظلون لسانه المعبر ، وصوته الناطق ، وستظل نقابة المحامين أقوى قلاع الحرية ، لأنها تقوم على أكتاف المحامين ، ولا تعمل إلا وفق مشيئتهم وإرادتهم .

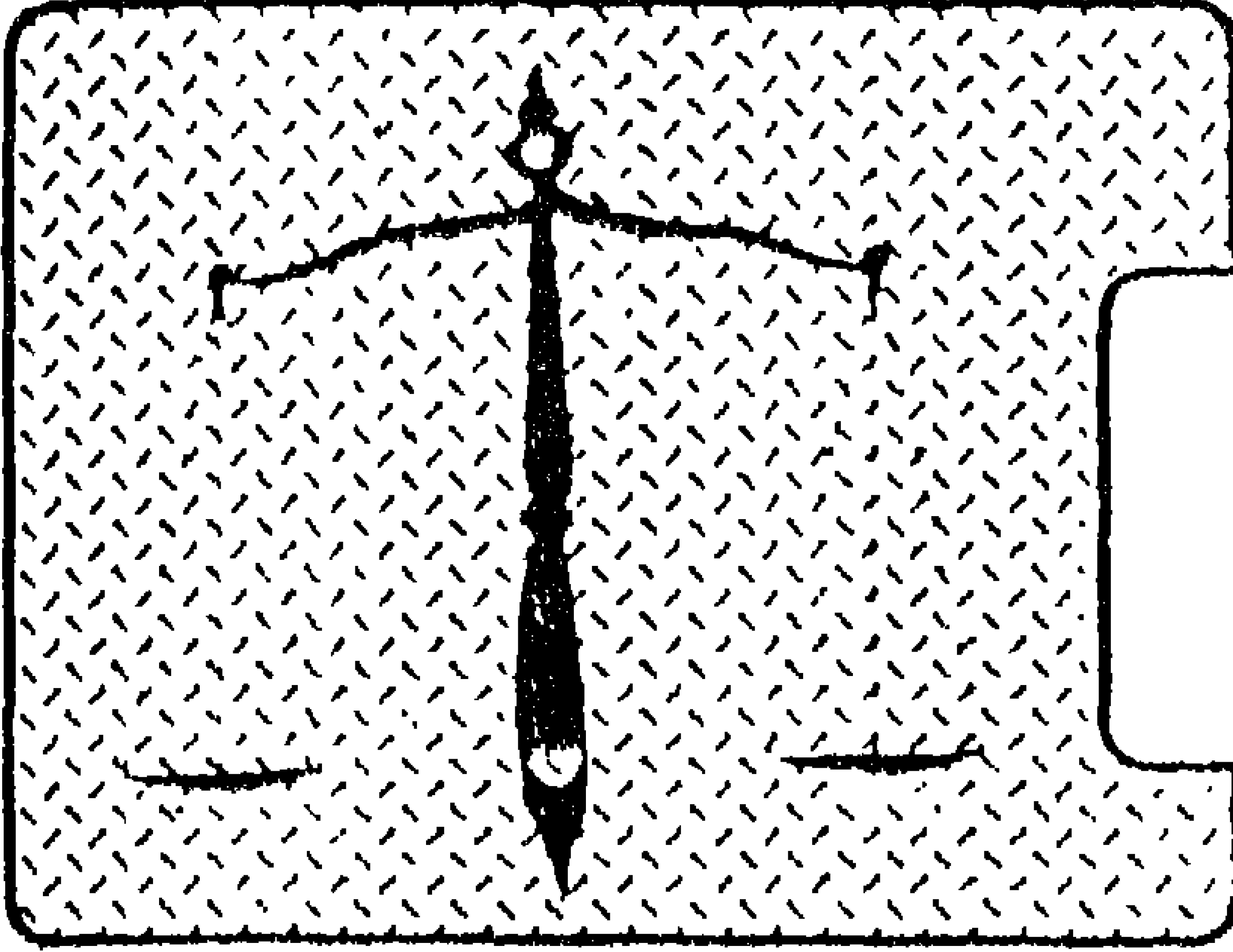
الأستاذ الجليل النقيب

أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم

قضاء النقض المدنى



(١)
جلسة ١٩٩٠/١/٣

فى الشفعة :

شفعة . صورية . بيع . دعوى . عقد

الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع . التزام الشفيع باستعمال حقه قبل المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها . مناطه وقوع البيع الأخير قبل تسجيل إعفاء الرغبة . الإدعاء بصورية العقد الثانى لايمنع من وجوب إختصام المشترى الثانى فى الميعاد . المادتان ٩٣٨ ، ١٤٧ من القانون المدنى .

(الطعن رقم ١٣٩٦ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٩٠/١/٣)

مفاد نص المادتين ٩٣٨ ، ٩٤٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع ان يستعمل حقه قبل المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت ان البيع قد تم قبل تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة إذ لا يسرى فى حق الشفيع اى تصرف يصدر من المشترى اذا كان قد تم بعد هذا التاريخ مما مؤداه بمفهوم المخالفة ان الشفيع يحاج بالتصرف الذى يصدر من المشترى قبل تسجيل اعلان رغبته فى الشفعة وأن مجرد الادعاء بصورية العقد الثانى سواء فى دعوى الشفعة أو فى الدعوى المرفوعة بصحة ونفاذ هذا العقد لايمنع من وجوب إدخال المشترى الثانى إذ هو صاحب الشأن فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده.

(الطعن رقم ١٣٩٦ لسنة ٥٧ قضائية)

(٢)
جلسة ١٩٩٠/١/٢٤

إيجارات :

(١) نقض «اسباب الطعن» «السبب الجديد» «نظام عام»

الدفع بعدم الاختصاص القيمى . عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض متى كان مختلطا بواقع .

(٢) ايجار «ايجار الاماكن» «عقد الايجار» . عقد «انتهاء العقد» .

التنبيه بالاخلاء لانتهاء مدة العقد . وجوب اشتمال عباراته على مايفيد رغبة موجهة فى اعتبار العقد منتهيا فى تاريخ معين دون اشتراط الفاظ معينة . افصاح موجه التنبيه عن السبب فى طلب الاخلاء . اثره . وجوب الوقوف فى اعمال الاثر المترتب على التنبيه عند هذا السبب طالما لم يتم تغييره . يستوى فى ذلك اقامة دعوى الاخلاء امام القضاء المستعجل او القضاء الموضوعى او ان يعقب الدعوى المستعجلة بالدعوى الموضوعية . اعتداد الحكم المطعون

فيه بالتنبيه الموجه الى الطاعن قبل رفع الدعوى المستعجلة . لاخطأ . علة ذلك .

(٣) نقض «اسباب الطعن» «السبب المجهل» .

عدم بيان الطاعن مانسبه للحكم المطعون فيه من فساد فى الاستدلال واثر ذلك فى قضائه . نعى مجهل غير مقبول .

١ - اذ كان مايثيره الطاعن بشأن الاختصاص - مخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد الاختصاص القيمى - على الرغم من تعلقه بالنظام العام عملا بالمادة ١٠٩ من قانون المرافعات مختلط بواقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع هو تحقيق مدة عقد الايجار السارية ومداها وبالتالى تقديرا لمقابل النقدى عنها فانه يكون سببا جديدا لايجوز اثارته لاول مرة امام محكمة النقض (١) .

٢ - مفاد ما نصت عليه المادة ٥٦٣ من القانون المدنى - من انتهاء الايجار المنعقد للفترة المعنية لدفع الاجرة بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب احد المتعاقدين اذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالاخلاء فى المواعيد المبينة بالنص - ان التنبيه بالاخلاء هو تصرف قانونى صادر من جانب واحد يتضمن رغبة صاحبه استنادا الى ارادته فى انهاء العقد فيجب ان يشتمل على مايفيد - بغير غموض - الافصاح عن هذه الرغبة ولايلزم احتواء التنبيه الموجه من احد طرفى العقد الى الطرف الآخر لاخلاء المكان المؤجر لانتهاء مدته على الفاظ معينة او تحديد السبب الذى حمل موجه التنبيه الى طلب الاخلاء مما مؤداه انه يكفى لتحقق الاثر المترتب على التنبيه دلالة عبارته فى عمومها على القصد منه وهو ابداء الرغبة فى اعتبار العقد منتهيا فى تاريخ معين اعمالا للحق المعتمد من العقد او نص القانون فتنحل بذلك الرابطة العقدية التى كانت قائمة وينقضى العقد فلا يبقى من بعد الا بايجاب وقبول جديدين، واذا افصح موجه التنبيه عن السبب الذى صدرت من ارادته فى الاخلاء لزم الوقوف فى اعمال الاثر المترتب على التنبيه عن هذا السبب دون سواه والنظر فى الدعوى على هذا الاساس . ومن ثم فلاينحى ذلك الاثر الا اذا غير بوجه التنبيه السبب الذى صدرت عنه ارادته فى طلب الاخلاء ليستوى فى ذلك ان يقيم الدعوى بالاخلاء امام القضاء المستعجل او القضاء الموضوعى او يعقب الدعوى المستعجلة بالدعوى الموضوعية واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد فى خصوص هذه الدعوى بالتنبيه الذى وجه الى الطاعن قبل رفع الدعوى المستعجلة والذى افصح فيه المطعون عليهم عن رغبتهم فى اعتبار العقد منتهيا بانقضاء مدته فانه لايكون قد خالف القانون (٢) .

٣ - اذا اقتصر الطاعن فى بيانه على ما نسبه الى الحكم المطعون فيه من فساد فى الاستدلال دون بيان اثر ذلك فى قضائه فان النعى يكون مجهلا وغير مقبول .

(الطعن رقم ١٧٧٦ لسنة ٥٥ قضائية)

(٣)
جلسة ١٩٩٠/١/٣١

(١) اثبات «اجراءات الاثبات» «اثبات الصورية» . ايجار «ايجار الاماكن» «اثبات الايجار» «محكمة الموضوع» سلطتها فى تقدير الادلة» .

تقدير ادلة الصورية . من سلطة محكمة الموضوع . شرطه . مثال فى ايجار .

اذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير ادلة

الصورية الا ان ذلك مشروط بان يكون استخلاصها سائغا ومطابقا للثابت بالاوراق . لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه بنفاذ عقود الايجار الصادرة من المطعون عليه السادس للمطعون عليهم الاول والثانى والرابع والايجار الصادر من المطعون عليه الخامس - مجلس مدينة اسوان - للمطعون عليه الثالث فى حق باقى ملاك العقار وهم الطاعن والمطعون عليهم من السابعة للاخيرة على ما استخلصه من توافر الوكالة الضمنية عن ملاك العقار مستدلا على ذلك بعدم اعتراضهم على هذا التأجير وقيام المطعون عليه الثالث بسداد اجرة العين التى يشغلها مجلس مدينة اسوان خصما من مستحقات على ملاك العقار ، كما استدل على نص صورية عقود الايجار الصادرة من المطعون عليه السادس بما قرره من ان الاوراق خلت من دليل على تلك الصورية وكان هذا الذى خلص اليه الحكم فى نفى الصورية لايواجه دفاع الطاعن اذ اغفل دلالة ما استدلوا به تأييدا لدفاعهم بالصورية من اقرار المطعون عليهم الاول والثانى والرابع بصحيفة ادخال مجلس مدينة اسوان - المطعون عليه الخامس - خصما فى الدعوى والمعلنة فى (...) من انهم يستأجرون الوحدات المنتجة التى يشغلونها من مجلس مدينة اسوان وكان مجرد سداد المطعون عليه الثالث لاجرة الوحدة السكنية التى يشغلها الى مجلس المدينة خصما مما هو مستحق على ملاك العقار لايدل بذلك على ان هؤلاء الملاك قد اقروا هذا التأجير فان الحكم يكون مشوبا بالقصور والفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٥٤ قضائية)

(٤)
جلسة ١٩٩٠/٢/٧

(١ ، ٢) ايجار «ايجار الاماكن» «الامتداد القانونى لعقد الايجار» . محكمة الموضوع «مسائل الواقع» .

(١) انتقال حقوق المستأجر الى اقاربه حتى الدرجة الثالثة فى حالة وفاته او تركه للعين . م ٢١ ق ٢ ، لسنة ١٩٦٩ . شرطه . عدم جواز اعمال الشروط الواردة فى عقود الايجار المبرمة قبل العمل بالقانون المذكور والمغايرة لاحكامه . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٩٠/٢/٧)

(٢) استخلاص توافر الاقامة . من مسائل الواقع . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة . الانقطاع عن الاقامة لسبب عارض . لايقيد انهاءها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٢ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٩٠/٢/٧)

١ - المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - (١) أن النص في المادة ١/٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ٦٩ بشأن ايجار الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين - المنطبق على واقعة الدعوى - قد اطلق القول فى حدود انتقال حقوق المستأجر الى سائر الاقارب حتى الدرجة الثالثة من غير زوجه واولاده او والديه بشرط اقامتهم معه بصفة مستقرة مدة سنة على الاقل سابقة على الوفاة او الترك او مدة شغله المسكن ايهما اقل وبالتالى فلايصح اعمال مايكون واردا فى عقود الايجار المبرمة قبل العمل بهذا القانون من شروط مغايرة لاحكامه اذ فى ذلك خروج على ماعتبره القانون من الاحكام المتعلقة بالنظام العام .

٢ - استخلاص توافر الاقامة من مسائل

الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة بما لايحول دون توافرها انقطاع الشخص عن الاقامة بالعين لسبب عارض طالما انه لايكشف عن انه انهى هذه الاقامة .

(الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٥ قضائية)

(٥)
جلسة ١٩٩٠/٢/٢١

إيجارات :

(١) حكم « بيانات الحكم » . بطلان « بطلان الأحكام » .

الحكم . وجوب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته . إغفال الحكم المطعون فيه بيان أسماء الطاعنين إغفالاً تاماً فى ديباجته بغد تعجيل الخصومة من الإنقطاع أثره . بطلان الحكم . م ١٧٨ مرافعات .

(٢) قانون « سريان القانون » إيجار « إيجار الأماكن » .

قوانين إيجار الأماكن . سريان أحكامها على الأماكن وأجزائها المعدة بها .

حكم «حجية الحكم» . قوة الأمر المقضى .

حجية الحكم . اقتصارها على ما فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية حتمية . مالم تنظر فيه المحكمة بالفعل ، لا يحوز قوة الأمر المقضى .

١ - إذا أوجبت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يتضمن الحكم ببيان أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم قد قصدت بذلك التعريف بأشخاص وصفات من تتردد بينهم الخصومة فى الدعوى التى صدر فيها الحكم تعريفاً نافياً للجهالة أو اللبس حتى لا يكتنف الغموض شخص المحكوم له أو المحكوم عليه وإذ رتبت هذه المادة البطلان على « النقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم » إنما عنت النقص أو الخطأ الذى يترتب عليها التجهيل بالخصم أو اللبس فى التعريف بشخصه أو إلى تغيير شخص الخصم بآخر لا شأن له بالخصومة فى الدعوى وكان لا يغنى عن هذا البيان إمكان معرفة اسم الخصم من ورقة أخرى من أوراق الدعوى ولو كانت رسمية لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل نكمل ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التى يستلزمها القانون بصحته بأى دليل آخر غير مستمد منه وكان الثابت فى الدعوى أن محكمة الإستئناف قضت بتاريخ (.....) بانقطاع سير الخصومة لوفاة مورث الطاعنين - المستأنف - وعجل الطاعنون الخصومة بأسمائهم ثم صدر الحكم المطعون فيه مغفلاً فى ديباجته ومدوناته أسمائهم إغفالاً تاماً فإن من شأن ذلك أن يشكك فى حقيقة وضع الطاعنين واتصالهم بالخصومة المرددة ويكون الحكم قد أغفل بياناً جوهرياً من بياناته يترتب عليه البطلان .

٢ - إذا كان المشرع - وعلى ماجرى بقضاء هذه المحكمة أوضح بجلاء فى كافة قوانين إيجار الأماكن المتعاقبة أرقام ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أن أحكامها تسرى على الأماكن وأجزاء الأماكن على اختلاف أنواعها المعدة للسكنى أو لغير ذلك من الأغراض وذلك فى عواصم المحافظات والبلاد

المعتبرة مدناً وغيرها من الجهات التى يصدر بها قرار من الجهة المختصة .

٣ - حجية الحكم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لاتكون إلا فيما فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية حتمية سواء فى المنطوق أو فى الأسباب التى لايقوم المنطوق بدونها ، ومالم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضى .

(الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٥٥ قضائية)

(٦)

جلسة ١٩٨٩/١/١١

تقادم - ملكية :

ملكية . أسباب كسب الملكية : التقادم المكسب . تقادم « التقادم المكسب » حيازة عناصر الحيازة : الهدوء .

الحيازة الهادئة . مقصودها . ألا تقترن بإكراه من جانب الحائز وقت بدئها . التعدى الواقع أثناء الحيازة التى بدأت هادئة ومنع الحائز له . لا يشوبها . مؤدى ذلك . المنازعة القضائية لاتنفى صفة الهدوء عن الحيازة . استصدار المطعون عليه الأول حكماً ضد المطعون عليه الثانى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له منه . لا يزيل صفة الهدوء ولا يقطع التقادم السارى لصالح الطاعنة .

المقصود بالحيازة الهادئة التى تؤدى إلى التملك بالتقادم ألا تقترن هذه الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها فمتى بدأ الحائز وضع يده هادئاً فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك . وأن مجرد المنازعة القضائية لا ينفى قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى فى قضائه على أن صفة الهدوء الواجب توافرها لاكتساب الملكية بالتقادم قد زالت عنه الحيازة لمجرد أن المطعون عليه الأول استصدر حكماً ضد المطعون عليه الثانى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له منه ورتب على ذلك انقطاع مدة التقادم السارى لصالح الطاعنة فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٥٦ قضائية)

(٧)

إيجارات :

(١) دعوى اعتبار الدعوى كأن لم تكن . استئناف « اعتبار الإستئناف » كأن لم يكن . محكمة الموضوع « سلطتها فى تقدير الأدلة » .

إعتبار الدعوى أو الإستئناف كأن لم تكن . المادتان ٧٠ ، ٢٤٠ مرافعات . مناطه . أن يكون ذلك راجعاً إلى فعل المدعى أو المستأنف ولو كان نتيجة خطئه أو إهماله بسبب البيانات غير الصحيحة التى يضمنها صحيفة دعواه أو استئنافه . توقيع ذلك الجزاء . جوازى للمحكمة ولو توافرت شروطه استقلالها بتقدير سببه متى كان استخلاصها سائغاً .

١ - النص فى المادتين ٧٠ ، ٢٤٠ من قانون المرافعات يدل على أن مناط توقيع الجزاء باعتبار الدعوى أو الإستئناف كأن لم يكن - إذا ما تمسك صاحب المصلحة بذلك - أن يكون عدم إتمام الإعلان بالصحيفة فى الميعاد المقرر راجعاً

إلى فعل المدعى أو المستأنف ولو كانت نتيجة خطأ أو إهمال من جانبه بسبب البيانات غير الصحيحة التى يضمنها صحيفة دعواه أو استئنافه وتوقيع ذلك الجزاء أمر جوازى للمحكمة متروك لمطلق تقديرها فلها رغم توافر الشروط ألا تحكم به إذا ما قدرت أن هناك عذراً أدى إلى عدم إتمام الإعلان بالصحيفة فى الميعاد ، فإذا ما استجابت للدفع المبدى من الخصم صاحب المصلحة فإنه لا يجوز تعييب الحكم لاستعمال المحكمة سلطتها التقديرية فى توقيع الجزاء طالما أنها استخلصت من الأوراق أن تقصير المدعى أو المستأنف هو الذى أدى إلى عدم إعلان الصحيفة فى الميعاد المحدد متى كان هذا الإستخلاص سائغاً له سنده الصحيح فى الأوراق .

(الطعن رقم ٢٠٢٩ لسنة ٥٢ قضائية)

(٨)
جلسة ١٩٨٩/٥/٣١

إخــلاء :

(١ ، ٢) « إيجار الأماكن » الإخلاء للعدم . حكم « إصدار الحكم » .

١ – دعوى إخلاء العقار بعد صيرورة قرار ازالته نهائياً أو لصدور حكم نهائى بتأييده . عدم وجوب إلحاق مهندس بتشكيل المحكمة .

٢ – دعوى الإخلاء للهدم بعد صيرورة قرار لجنة المنشآت الآيلة للسقوط نهائياً . عدم اتساع نطاقها لبحث ما يثيره ذوو الشأن من نزاع بخصوص بطلان القرار أو سلامة العقار .

١ – لئن كان المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – وجوب أن يلحق بتشكيل المحكمة الابتدائية مهندس معمارى أو مدنى عند نظر الطعن فى قرارات اللجنة المختصة بالمنشآت الآيلة للسقوط وفقا لنص المادتين ١٨ ، ٥٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن إيجار الأماكن إلا أن مناط ذلك أن تكون الدعوى مرفوعة من أحد ذوى الشأن بالطعن على القرار الصادر بالازالة أو الترميم بنية تعديله أو إلغائه ، أما الدعوى بطلب إخلاء العقار لهدمه بعد صيرورة القرار الصادر من اللجنة المختصة بإزالته نهائيا لعدم الطعن عليه فى الميعاد أو لصدور حكم نهائى بتأييده فإن المحكمة الإبتدائية بتشكيلها العادى تكون هى المنوط بها نظر هذا الطلب دون أن يلحق بتشكيلها أحد المهندسين .

٢ – قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بعد أن بين فى الفصل الثانى من الباب الثانى منه الإجراءات الواجب اتباعها بشأن المنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة جعل لذوى الشأن الحق فى الطعن على القرار الصادر من اللجنة المختصة فى هذا الخصوص فى موعد لا يجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانهم به ، ما مفاده ولازمه أنه متى أصبح هذا القرار نهائياً بعدم الطعن عليه فى الميعاد فإنه يمتنع بحث أسباب ما يكون قد شابه من عوار ولا سبيل لإلغائه أو تعديله بدعوى بطلانه أو سلامة العقار بما يحول دون ترميمه أو إزالته ، ولا باتساع نطاق دعوى الإخلاء للهدم الكلى لبحث ما قد يثيره ذوو الشأن فى هذا الخصوص بعد أن أصبح قرار اللجنة المختصة نهائياً واجب النفاذ .

(الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٥٣ قضائية)

(٩)
جلسة ١٩٨٩/١٢/٥

شفعــة :

(١) بيع . صورية . محكمة الموضوع

«سلطتها» في تقدير الدليل» . شفعة .

تقدير أدلة الصورية والقرائن التى تقوم عليها . مما يستقل به قاضى الموضوع متى كان تقديره سائغا وله أصل ثابت بالأوراق .

(مثال بشأن صورية عقد البيع الثانى في الشفعة) .

(٢) بيع . صورية . شفعة . دعوى «المصلحة في الدعوى» .

بيع مشترى العقار المشفوع فيه الى مشتر ثان. سريانه فى حق الشفيع . شرطه. الا يكون البيع الثانى صوريا . اثبات الشفيع فى مواجهة المشترى الثانى صورية عقده . مؤداه . الاعتداد بالبيع الأول وحده دون الثانى فى الشفعة . أثره . عدم قبول الطعن على اجراءات الشفعة من المشترى الثانى علة ذلك . انعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها .

١ - لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن تقدير أدلة الصورية والقرائن التى تقوم عليها هو ما يستقل به قاضى الموضوع متى كان هذا التقدير سائغا وله أصل ثابت بالأوراق ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه التفت عن اقوال شهود الطرفين لعدم الاطمئنان اليها واقام قضاءه بصورية البيع الثانى على انه صدر من شقيقه الى شقيقها وأنها اتخذت اجراءات تسجيل صحيفة دعوى صحة البيع الاول المشفوع فيه بعد ان ابرمت البيع الثانى ، مكان هذا الذى أقام الحكم قضاءه عليه سائغا ومن شأنه أن يؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها فإن النعى عليه بهذا السبب يكون غير مقبول .

٢ - لما كان مناط التزام الشفيع بتوجيه طالب الشفعة إلى المشترى الثانى : الشروط التى اشترى بها - حتى يجوز له الأخذ بالشفعة وفقاً لنص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى - ألا يكون البيع الثانى صورياً ، فإذا ادعى الشفيع فى مواجهة المشترى الثانى صورية عقد هذا المشترى ، وأفلح فى إثبات هذه الصورية ، اعتبر البيع الثانى غير موجود قانوناً ، وكان البيع الأول هو وحده الذى يعتد به فى الشفعة ، ولا يقبل من المشترى الثانى الطعن على إجراءات الشفعة فى هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه - وعلى ما سلف الرد على السبب السابق - قد انتهى إلى صورية البيع الثانى صورة مطلقة بما يعتبر سمعة هذا البيع غير موجود قانوناً فلا يقبل من الطاعن - وهو المشترى بهذا البيع الصورى - أن يتمسك بما أثاره بهذا السبب من أسباب الطعن .

(الطعن رقم ٧٧٨ لسنة ٥٧ قضائية)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/١٢/١٣

إيجارات :

إيجار « إيجار الأماكن » « الإمتداد القانونى لعقد الإيجار » .

امتداد عقد الإيجار لأقارب المستأجر حتى الدرجة الثالثة حال وفاته أو تركه العين المؤجرة شرطه الإقامة المستقرة معه مدة سنة سابقة على الوفاة أو الترك أو مدة شغله لها أيهما أقل . م ١/٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

مؤدى نص المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩

لسنة ١٩٧٧ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . أن المشرع استحدث في المادة المشار إليها حكماً يقضي باستمرار عقد الإيجار وامتداده في حالة وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة لصالح أقاربه إلى الدرجة الثالثة إذا أثبت إقامتهم مع المستأجر بالعين المؤجرة إقسة مستقرة لمدة سنة على الأقل سابقة على الوفاة أو الترك أو مدة شغله للسكن أيهما أقل .

(الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ٥٢ قضائية)

(١١)

جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٠

إيجارات :

(١) إعلان « بطلان الإعلان » . بطلان .

بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان . نسبي . وجود التمسك به ممن تقرر لمصلحته قبل التعرض للموضوع وإلا سقط حقه فيه ، سواء كان التعرض للموضوع أمام المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أو المحكمة المختصة التي أحيلت إليها . علة ذلك .

(٢) محكمة الموضوع « سلطتها في تقدير الأدلة » .

تقدير الأدلة والمستندات المقدمة في الدعوى واستخلاص الواقع منها من سلطة محكمة الموضوع . متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

١ - بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان بطلان نسبي وقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام وبالتالي فإنه يجب على الخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته أن يتمسك به قبل التعرض للموضوع وإلا سقط حقه في إبدائه عملاً بنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات يستوي في ذلك أن يكون التعرض للموضوع قد تم أمام المحكمة المرفوع أمامها الدعوى أو المحكمة المختصة المحال إليها الدعوى وذلك لاتصال الخصومة أمام محكمة أول درجة في الحالتين واتخاذ علة السقوط فيها في هذه الحالة .

٢ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير الأدلة والمستندات المقدمة في الدعوى واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٥٥٠ لسنة ٥٤ قضائية)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٦

تكييف الدعوى :

دعوى «تكييف الدعوى» . حكم «عيوب التدليل : الخطأ في القانون «مايعد قصوراً» .

التزام محكمة الموضوع بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف المدعي الخاطىء لها . طلب الطاعن الحكم ببطلان عقدي بيع ملك الغير والصلح الذي موضوعها أرضا مملوكة للدولة تدخل في حوزته . تكييفها الصحيح . دعوى بعدم سريان العقدين في حقه . القضاء برفض

الدعوى تأسيسا على مجرد القول بنسبية أثر العقد . خطأ فى القانون وقصور .

لما كان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - ان تكييف المدعى دعواه تكييفا خاطئا لاينطبق على واقعتها التى ذكرها فى صحيفتها لايقيد محكمة الموضوع التى تلتزم بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها الصحيح وكان البين من أوراق الدعوى أنها أقيمت فى حقيقتها بطلب الحكم بعدم سريان عقدى البيع والصلح موضوع الدعوى .. فى حق الطاعن تأسيسا على أن الأرض المبيعة بالعقد المؤرخ .. مملوكة للدولة ومخصصة للنفع العام وفى حوزة الطاعن وليست ملكا للبائع فتمسك الأخير بتملكه لها مما مفاده أن النزاع القائم فى الدعوى والذى تفاضل فيه الخصوم دفعا وردا يتعلق بملكية الأرض موضوع النزاع ، واذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على مجرد القول بنسبية آثار العقود فإنه يكون قد أخطأ فى تكييف الدعوى وخرج بها عن نطاقها المطروح بما حجبه عن تحقيق دفاع الطرفين حول تلك الملكية . مما قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى واخطأ بذلك فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب .

(الطعن رقم ٢٩١٨ لسنة ٥٧ قضائية)

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٧

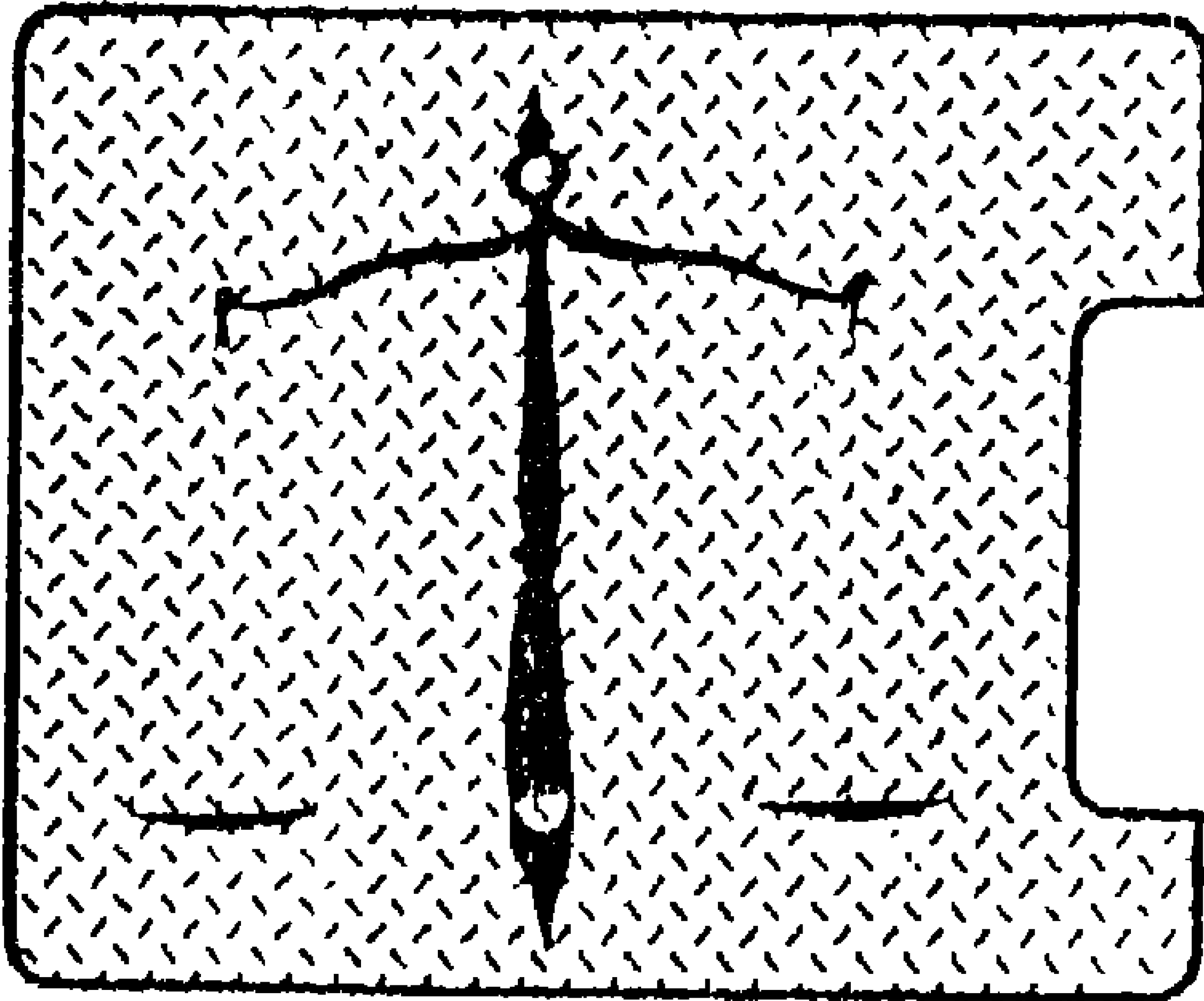
إيجارات :

إيجار «ايجار الاماكن» «تقدير الأجرة» . «الطعن فى الحكم» «الاحكام غير الجائز الطعن فيها» . نقض «حالات الطعن» .

الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى المنازعات المتعلقة بتحديد القيمة الايجارية . عدم جواز الطعن عليها بأى وجه من اوجه الطعن . المادتان ١٨ ، ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . اقامة الطعن قبل العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . اثره . عدم خضوعه لحكم المادة الخامسة منه . علة ذلك .

مؤدى نص المادتين ١٨ ، ٢٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ان المشرع ارتأى لمصلحة قدرها الاكتفاء فى المنازعة فى تحديد القيمة الايجارية بأن تمر بمرحلتى الطعن امام لجنة تقدير الاجرة ثم امام المحكمة الابتدائية ولم يروجها للطعن فى الحكم الذى تصدره هذه المحكمة بالاستئناف الا لخطأ فى تطبيق القانون واعتبر الحكم الذى تصدره محكمة الاستئناف باتا غير قابل للطعن فيه بأى وجه من اوجه الطعن وكان الطعن قد رفع امام المحكمة الابتدائية ابان سريان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف البيان وقبل تعديله بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الذى بدأ العمل به فى ١٩٨١/٧/٣١ ونص فى مادته الخامسة بأن لاتسرى على الطعون فى قرارات لجان تحديد الاجرة التى تتم وفقا للاسس المنصوص عليها فى مواده الاربعة الأولى احكام المادتين ١٨ ، ٢٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - مما مفاده سريانها على الطعون فى قرارات لجان تحديد الأجرة التى تتم وفقا للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فان الطعن بطريق النقض فى الحكم المطعون فيه يكون غير جائز .

(الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٥٥ قضائية)



من قضاء المحاكم الأخرى

(١)
١٩٨٧/٨/٢٩

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع المرافعة الشفوية .

حيث أن المستشكل بصفته اقام اشكاله بصحيفة اودعت واعلنت قانونا ابتغاء الحكم بقبول الاشكال شكلا وبوقف تنفيذ الحكم رقم ٣٤٣٣ لسنة ٤١ ق الصادر من دائرة منازعات الافراد والهيئات بمجلس الدولة لحين الفصل فى الطعن المقام امام المحكمة الادارية العليا مع الزام المستشكل ضده بالمصاريف .

وذلك على سند من ان الحكم المذكور قضى . بوقف قرار المستشكل بصفته باعلان نتيجة انتخابات مجلس الشعب الدائرة الاولى - محافظة القليوبية وفى تنفيذه مما يشكل ضرر بالمصلحة العامة بتعطيل ممارسة المجلس لنشاطه التشريعى ولمخالفته ذلك الحكم للقانون ، فقد اقام اشكاله بطلباته السابقة .

وقد اودعت هيئة قضايا الدولة ثلاث حوافظ مستندات طويت من بين ما طويت على :

١ - صورة ضوئية من الصورة التنفيذية للحكم المستشكل فى تنفيذه .

٢ - صورة من تقرير الطعن المقام من المستشكل بصفته فى الحكم المستشكل فى تنفيذه امام المحكمة الادارية العليا .

٣ - صورة من طلب التنازع رقم ٧ لسنة ٩ دستورية عليا وشهادة بعدم الفصل فيه .

وحيث دفع المستشكل ضده بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظير الإشكال بالقول بأن الحكم المستشكل فى تنفيذه صادر من جهة القضاء الإدارى ومن ثم ينعقد الإختصاص بطلب تنفيذه أو وقف تنفيذه لمجلس الدولة وحده .

وحيث أن الواقع أن دفاع المستشكل بصفته بالجلسات ومذكرة دفاعه انقسم إلى شقين ... قال فى شرح أولهما أن المستشكل ضده أقام إشكاله أمام محكمة القضاء الإدارى فبادر المستشكل بصفته بطلب إلى المحكمة الدستورية العليا بتعيين جهة القضاء العادى « قاضى التنفيذ » كجهة مختصة بنظر الإشكال حتى تقول المحكمة الدستورية كلمتها بشأن تحديد الجهة المختصة مع التمسك بالأثر الموقف للتنفيذ المترتب عليه رفع الإشكال وانصب الشق الثانى من دفاع المستشكل بصفته على القول باختصاص هذه المحكمة بنظر الإشكال وطلب وقف تنفيذ الحكم المستشكل فى

تنفيذه ... واستند فى هذا الخصوص إلى القاعدة التى تقرر اختصاص قاضى التنفيذ بنظر منازعات التنفيذ فى الأحكام الصادرة من جهة القضاء الإدارى إذا كانت تلك الأحكام معدومة ... وأنكر المستشكل بصفته المستشكل فيه وقال أنه يرى أنه معدوم ولا حجية له لصدوره من جهة لا ولاية لها فى إصداره ، ذلك أن مجلس الشعب هو الذى - يختص وحده بالنظر فى صحة نيابة أعضائه وفقاً لنص المادة ٩٣ من الدستور بالمادة ٢٠ من قانون مجلس الشعب وعلى ذلك فإن ظاهر الأوراق تنبىء بأن الحكم المستشكل فى تنفيذه لا حصانة له ومن ثم انتهى المستشكل بصفته إلى اختصاص المحكمة بوقف تنفيذه .

وأشارت الحكومة كذلك إلى ما استقر قضاء من أن قاضى الأمور المستعجلة يختص بالصعوبات التى تعترض تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا إذا كان تنفيذ هذه الأحكام يثير نزاعاً مالياً بحيث لا يمس صميم الحكم ... وعلى هذا المقتضى استطرد دفاع الحكومة إلى القول بأن الأعضاء المطعون على عضويتهم صاروا أعضاء مجلس الشعب بحلفهم اليمين الدستورية يتمتعون بمزايا مالية من مرتبات وبدلات وعلاوات وفى تنفيذ الحكم المستشكل فيه يثير بالتالى منازعات فى التنفيذ على أموال الأشخاص الذين اكتسبوا صفة العضوية وهو ما يبرر اختصاص قاض الأمور المستعجلة بوقف تنفيذه .

وبما أن المحكمة قررت النطق بالحكم بجلسة اليوم .

وحيث أن المحكمة تنوه بداءة أنه وعما أثاره المستشكل بصفته من أن الحكم المستشكل فى تنفيذه حكم منعدم لصدوره ممن لا ولاية له فى إصداره إذ أن مجلس الشعب هو المختص وحده بالفصل فى صحة نيابة أعضائه ... فإن البادى من ظاهر الأوراق أن الحكم المستشكل فى تنفيذه لم يتعرض لصحة عضوية أحد النواب ، إنما انصب على قرار إدارى لا جدال فى صفته الإدارية وفى اختصاص مجلس الدولة بالنظر فى صحته أو إلغائه أو تأويله ، وهو قرار وزير الداخلية بإعلان نتيجة الإنتخابات ومدى مطابقة هذا القرار لقانون الإنتخابات ... ويتضح من الظاهر حسبما سلف أن الحكم صادر من جهة لها ولايتها فى إصدار ومن ثم له حجيته ولا يمكن أن يسبغ عليه وصف العدم ... ولا تثريب على هذه المحكمة إن تعرضت لما تقدم من ظاهر الأوراق إذ أنه لبنة أولى فى تحديد اختصاصها بنظر الإشكال من عدمه .

وبما أن المقرر من منازعات التنفيذ فى الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية تختص بنظرها جهة القضاء الإدارى وحدها عدا ما يكون منها متعلقاً بالتنفيذ على مال (مستعجل راتب ص ٨٦٢ وما بعدها) لما كان ذلك وكان المستشكل بصفته يقيم إشكاله ابتغاء وقف تنفيذ رقم ٣٤٣٣ لسنة ٤١ ق ، الصادر من القضاء الإدارى ، فإنه وفق الأساس السابق لا تكون هذه المحكمة مختصة ولائياً بنظرها هذا الإشكال ولا ينال مما تقدم ما يلوح به محامى الدولة من أن مقتضى الحكم المستشكل فى تنفيذه تحصيل خزانة الدولة براتب العضو ، ومصروفات أخرى لينتهى إلى القول بأن التنفيذ منصب على مال وذلك أن موضوع الحكم المستشكل فى تنفيذه لا يتعلق من قريب أو من بعيد بمال ينفذ عليه بالمعنى المحدد قانوناً بشأن تنفيذ الأحكام ، فثمة

فارق بين الحكم و التنفيذ وبين آثار كل منهما ... فلا يوجد مال يراد التنفيذ عليه كما وأنه بإجراء النظرة على الحكم المستشكل فى تنفيذه يبين أنه لا يمكن بأية حال اعتباره سنداً يمكن التنفيذ به على أموال المستشكل بصفته .

وحيث أن المحكمة باعدت بينها وبين اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى فإنه يتعين أن يكون مع القضاء بعدم الإختصاص القضاء بالإحالة .

وبما أن المحكمة أنتهت إلى ما تقدم فإنه لا حاجة لها بنظر طلب المستشكل بصفته وقف نظر الإشكال حتى الفصل فى طلب التنازع ذلك أنه وباعتباره طلب مطروح على هذه المحكمة بحجة اختصاصها بنظر الإشكال واستبان أنها غير مختصة فإنها لا يسوغ أن تبدى كلمتها فى طلب الوقف تاركة القول فيه للمحكمة المختصة .

وبما أنه عن المصروفات فإن المحكمة تترك القول فيها للمحكمة المختصة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة فى مادة تنفيذ وقتية بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وباحالتها إلى مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى وعلى قلم الكتاب تحديد جلسة وإعلان الخصوم بها وأبقت الفصل فى المصروفات .

القضية رقم ١٢١٢ لسنة ١٩٨٧ تنفيذ مستعجل القاهرة برئاسة السيد الأستاذ إسماعيل إبراهيم الزيادى رئيس المحكمة .

(٢)

١٩٩٠ / ٢/ ٨

المحكمة :

بعد سماع المرافعة الشفوية والاطلاع على الاوراق والمداولة .

ومن حيث أن الوقائع - بالقدر الكافى لحمل المنطوق تتحصل فى انه بتاريخ ١٩٨٩/٤/٣ استصدر المدعين فى الدعوى ٧٨٢٥ لسنة ١٩٨٩ م . ك . ش القاهرة الامر رقم ١٢٥ لسنة ٨٩ م . ك . القاهرة والمتضمن توقيع الحجز التحفظى على منقولات الشركة المدعى عليها (المنظلمة فى الدعوى المرتبطة ٨٩/٧٣٥٩ مدنى كلى شمال القاهرة) على سند انهم بداينوها بمبلغ ستة وسبعون الف جنيه بموجب سبعة عشرة شيكا استحقت جميعها دون وفاء .

ونفاذاً لأمر الحجز المذكور أوقع الدائنون حجزا تحفظيا على منقولات بمصنع الشركة ببلبيس والمبينة بمحضر الحجز المؤرخ ١٩٨٩/٤/١٣ وكذلك على المنقولات الموضحة بمحضر الحجز عليها المؤرخ فى ١٩٨٩/٤/١٧ وذلك بمقر الشركة بمصر الجديدة .

وبتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٠ تقدم الدائنون الحاجزون بطلب للسيد رئيس المحكمة لاستصدار امره بالزام الشركة المحجوز عليها بأن تؤدى لهم المبلغ موضوع التداعى وتثبيت الحجز التحفظى الموقع بتاريخى ١٣ ، ١٩٨٩/٤/١٧ مع الزامهم بالمصاريف والاتعاب وشمول الامر بالنفاذ ، واذ رفض اصدار الامر وتحدد جلسة لنظر الموضوع وقيدت الدعوى برقم ٧٨٢٥ واعلنت قانونا للشركة المحجوز

عليها بذات الطلبات .

كما تظلمت الشركة المحجوز عليها من أمر الحجز آنف البيان طالبة القضاء ببطلانه وذلك بالدعوى رقم ١٩٨٩/٧٣٥٩ .

وحيث ضمنت الدعوى للتظلم للحكم فيهما معا .

وحيث إن الشركة المحجوز عليها طلبت الحكم ببطلان الحجز المتوقع على منقولاتها ورفض الدعوى الدائنين بالزامها بالدين استنادا الى انها من الشركات المخاطبة باحكام القانون ١٩٨٨/١٤٦ فى شأن تلقى الاموال والتى لم توفق اوضاعها خلال المدة التى حددها هذا القانون . واعتصمت الشركة بنصوص القانون سالف الذكر ولائحته التنفيذية التى حددت اوضاعا اجرائية – يحرم عليها مخالفتها – سواء فيما اتصل منها بحساب الارباح والخسائر وتحديد مركزها المالى او تغيير المراكز القانونية للمودعين لديها او بميعاد رد اموالهم للقول بأن دين الحاجزين غير حال الاداء وغير معين المقدار .. واضافت الشركة الى ما تقدم قولها ، ان تطبيق احكام قانون تلقى الاموال استتبع صدور قرار النائب العام (ادارة الاموال المتحفظ عليها) رقم ١٤ لسنة ٨٩ المتضمن غل يدها عن ادارة اموالها والتصرف فيها ، وهو ما يحجبها – دون تقصير منها – عن رد المبالغ المستحقة لاصحابها سواء كانوا من المودعين لديها أو من غيرهم .

وبما ان المحكمة قررت النطق بالحكم بجلسة اليوم :

وحيث انه اذا كان من المقرر – تطبيقا لمبدأ حيدة القاضى – انه لا يسوغ التعويل على العلم الشخصى ، الا ان هذا المبدأ ، لايتعارض مع علم القاضى بالسوابق القضائية ايا كانت المحكمة المصدرة لها ، اذ انه من صميم عمل القاضى ضرورة الالمام بالمستحدث من الاحكام والهام منها .

لما كان ما تقدم ، وقد صدرت احكام قضائية من القضاء الادارى بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٨٧/٤/٢١ بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية باعلان نتيجة انتخابات مجلس الشعب الحالى لمخالفته لاحكام القانون وباجراء التصحيح لاعضائه المنتخبين وفق التفسير السليم للقانون على نحو ما جاء بهذه الاحكام[1] والتى تأيدت بدورها من المحكمة الادارية العليا . الامر الذى يلقى ظلا حول مدى دستورية القوانين الصادرة من مجلس الشعب المعلن نجاح اعضائه وفق قرار وزير الداخلية المقضى بوقف سريانه لعدم صدورها من مجلس الشعب شكلا وفق احكام الدستور .

فاذا كان ذلك ، وكانت الشركة المحجوز عليها من المخاطبين باحكام القانون ١٤٦/ ١٩٨٨ فى شأن الشركات العاملة فى مجال تلقى الاموال لاستثمارها والمنشور بالجريدة الرسمية فى ١٩٨٨/٦/٩ ، وتمسكت فى دفاعها بنصوص هذا القانون ولائحته التنفيذية ، وكان تطبيق احكام القانون المذكور لازم للفصل فى النزاع الماثل وقد يغير وجه الرأى فيه ، وكان القانون سالف الذكر قد أقر من مجلس الشعب الحالى غير المشكل وفقا لما جاء باحكام قضائية لها حجيتها ، فانه على ماتقدم وعملا لحق المحكمة المخول لها بنص المادة ٢٩ « أ » من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فان المحكمة ترى

وقف الخصومة واحالة الاوراق الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ برمته .

وحيث أن المشرع اوجب لقبول الدعاوى الدستورية - على ما نصت عليه المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية سالف الذكر - أن يتضمن القرار الصادر بالاحالة اليها البيانات الجوهرية التى تنبىء عن جدية هذه الدعاوى التى تنبىء عن جدية هذه الدعاوى ويتحدد بها موضوعها .[٢] .

وتمهد المحكمة ، وهي بصدد استظهار مقومات قبول الدعوى الدستورية المثارة منها الى القول بانه من المقرر أن نصوص الدستور ومبادئه العليا تمثل القواعد والاصول التى يقوم عليها نظام الحكم في الدولة ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة .. فلا يجوز لاى من سلطات الدولة ان تجور على الضوابط والقيود المحددة لها فى الدستور ، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون او لائحة - للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور الى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها ، بغية الحفاظ على مبادئه وصون احكامه من الخروج عليها[٣] .

. وحيث ان سن القوانين عمل تشريعى تختص به الهيئة التشريعية التى تتمثل فى مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدستور .. فاذا ما كان المجلس المذكور قد تشكل على غير مقتضى القواعد المقررة فى الدستور ، فان أمر دستورية ما يقره من قوانين يضحى - وبلا مراء - محلا للنظر .

ويكفل دستورنا للشعب الاشتراك العملى فى ادارة شئون البلاد والاشراف على وضع قوانينها ومراقبة تنفيذها .. ويعبر عن هذا المعنى بالنص فى مادته الثالثة بان الشعب «هو مصدر السلطات ، ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها ... على الوجه المبين فى الدستور» .

فارادة الشعب - التى تتضح اكثر مما تتضح - فيما خولته المادة ٦٢ من الدستور لافراده من حق الانتخاب والترشيح ... وفقا لاحكام القانون - هى السلطة العليا التى تتفرع عنها سلطات الدولة التنفيذية والتشريعية والسلطة القضائية . وقد ورد بوثيقة اعلان الدستور القائم : «ان سيادة القانون ليست ضمنا مطلوبا لحرية الفرد فحسب ، ولكنها الاساس الوحيد لمشروعية السلطة» ويستخلص من هذه العبارة الشاملة .. ان الدستور جعل ... وبصريح النص القانون اساس نظام الدولة ، ومنه وحدة يستمد النظام سند مشروعيته .

فالسيادة ليست للاشخاص أو الهيئات ولكن للقانون فقط .

ويقرر الدستور مبدأ استقلال القضاء وحصانته لتأكيد معنى «خضوع الدولة» للقانون «كضمان لصون الحريات والحقوق» .

وقد نص فى هذا الصدد فى المادة ٦٥ منه على ان «تخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانان اساسيان لحماية الحقوق والحريات» .

وفى المادة ١٦٥ على أن «السلطة القضائية مستقلة» وتتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها ، وتصدر احكامها وفق القانون» .

وفى المادة ١٦٦ على أن «القضاه مستقلون ، لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لاية سلطة التدخل فى القضايا فى شئون العدالة» .

وفى المادة ٧٣ على ان «رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية ، ويسهر على تأكيد سيادة الشعب وعلى احترام الدستور وسيادة القانون ....» .

والسلطة القضائية وان كانت تستقل عن السلطتين التنفيذية والتشريعية فهى فى ذات الوقت، الرقيبة على كل من هاتين السلطتين، بما لها من حق التعقيب على تصرفات السلطة التنفيذية التى تخالف القانون فتقضى بالغائها وبالتعويض عنها ، وبما لها من حق النظر فى القوانين التى تصدرها السلطة الشريعية اذ هى خالفت الدستور .

فمن ناحية نص الدستور فى المادة ٦٨ على ان «التقاضى حق مصون ومكفول للناس ، ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى ..»

وقرر فى ذات المادة مبدأ حظر النص فى القوانين على تحصين اى عمل او قرار ادارى من رقابة القضاء ، رغبة منه فى توكيد الرقابة القضائية على اعمال السلطة الادارية وخص مجلس الدولة باعتباره هيئة قضائية مستقلة ، بالفصل وحده فى المنازعات الادارية (المادة ١٧٢) من الدستور) .. بل ضمن الدستور تقرير مبدأ تجريم الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية او تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين (المادة ٧٢) .

وبذلك اخضع الدستور الادارة التى تباشرها السلطة التنفيذية للقانون ، وهو ما يطلق عليه فى هذا الخصوص «مبدأ شرعية اعمال الادارة» .

هذا ومن ناحية اخرى ماثل الدستور القائم احدث الانظمة الدستورية وارقاها بانحيازه بجلاء الى مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، اذ نص فى المادة «١٧٥» على ان تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .. وذلك على الوجه المبين فى القانون «وتطبيقا لذلك نصت المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا على ان (تختص المحكمة الدستورية دون غيرها بما يأتى : اولا – الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ..») واختصاص المحكمة الدستورية العليا اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين واللوائح ، سواء تلك التى تقوم على مخالفات شكلية للاوضاع والاجراءات المقررة فى الدستور بشأن اقتراح التشريع واقراره واصداره ، او التى تنصب على مخالفة احكام الدستور الموضوعية[٤] .

واذ تنص المادة «٢٩» من قانون المحكمة الدستورية العليا على مايأتى :-

أ – اذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى اثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، اوقفت الدعوى واحالت الاوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .

ب – اذا دفع احد الخصوم اثناء نظر دعوى أمام احدى المحاكم أو ...... وظاهر مما تقدم ان المشرع الدستورى باقراره مبدأ الرقابة القضائية

على دستورية القوانين واللوائح - المنوطة بالمحكمة العليا - استهدف اساسا صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على احكامه ، وسبيل هذه الرقابة التحقيق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيود(٥) ، مراعاة منه لمبدأ علو الدستور وهو ما لا يتوقف مراعاته على مسلك الخصوم .

يستخلص مما تقدم ان مبدأ سيادة القانون هو الاصل الذى يتفرع عنه الكثير من القواعد الدستورية .. فمبدأ الشرعية القانونية يسود جميع نواحى الدستور الحالى ، وحتى يتاح لهذا المبدأ ان ينتج كل آثاره قرر المشرع الدستورى مبدأ ثانيا يكمله ، وهو ضرورى مثله ، اذ ان الاخلال به ينتهى بمبدأ المشروعية الى العدم . هذا المبدأ يتعلق باستقلال السلطة القضائية ، ولايتأتى استقلال القضاء الا بأمر جوهرى - قرره الدستور كذلك - هو وجوب الاعتراف بان الاحكام التى تصدر من الجهات القضائية واجبه الاحترام .... من المحاكم والمحكوم على السواء ، وعلى جميع الهيئات والافراد ان يلتزموا بموجب احترامها(٥) .

كما انه واذا كان الدستور قد اعتبر حق التقاضى من الحقوق الاساسية للافراد فان ضمان هذا الحق يتقضى ، فى المقام الاول ، كفالة تنفيذ احكام المحاكم باعتبارها غاية الحق ومحصلة اللجوء الى القضاء وثمرته .

فتنفيذ أحكام القضاء أمر يستلزمه مبدأ المشروعية ، مما تستوجبه دواعى الاستقرار وحفظ النظام .

وعلى ذلك فانه اذا كانت الدولة فى سلطتها المختلفة تتقيد بالقانون ، فان الدولة فى سلطتها التشريعية تتقيد فى تشكيلها وما تباشره من أعمال - ومن باب اولى - بالقواعد الدستورية واخصها وجوب تنفيذ احكام القضاء .

فان اسقاط الاحكام القضائية امر لا تملكة السلطة التشريعية ممثلة فى مجلس الشعب ، ولا يتصور ان تكون ارادة المشرع الدستورى قد اتجهت اليه اذ ان حدود ولاية السلطة التشريعية حددها الدستور وهى لاتمتد بحال من الاحوال الى اهدار الاحكام القضائية .

اذ كفل الدستور - بنص المادة ١٦ منه - للسلطة القضائية استقلالها فى مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية وجعل هذا الاستقلال عاصما من التدخل فى اعمالها أو التأثير فى مجرياتها ، باعتبار ان شئون العدالة هى مما تستقل به السلطة القضائية وان عرقلتها أو اعاقتها على أى وجه ، عدوان على ولايتها الدستورية سواء ينقصها أو الانتقاص منها ، ومن ثم تظل لاحكامها - ولو لم تكن نهائية حجيتها(٦) خاصة وان احكام مجلس الدولة بالالغاء أو بوقف التنفيذ لها حجية مطلقة ، فالجميع افراد وهيئات ، ملزمون باحترام هذه الاحكام وتنفيذها ، باعتبارها عنوانا للحقيقة بحيث لايجوز قانونا اعادة مناقشة العناصر التى تقوم عليها أو وصفها بالخطأ (الا بالطعن عليها بالطرق المقررة قانونا) توصلا لعدم تنفيذها أو التخلص من قوتها الالزامية .

واذ جاء بحكم للدوائر المجتمعة لمحكمة القضاء الادارى ولا يجوز للسلطة التشريعية ان تفرض على القضائية تطبيق تشريع قد يتعارض مع النصوص والمبادىء الدستورية فترغمها

بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية وهو ما يتعارض بداهة مع مبدأ فصل السلطات .... (مجموعة احكام مجلس الدولة السنة السادسة ص ٣١٥) .

وحيث انه لاتثريب على هذه المحكمة ان تعرضت لما تقدم ، اذ انه الاساس فى تحديد نطاق وعناصر خصومة دستورية القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ .

وحيث ان الحكم فى الطلبات الموضوعية فى النزاع المطروح يتوقف على ما يسفر عنه حسم الخصومة الدستورية .. وعلى ذلك فالمحكمة ترجىء الفصل فى المصروفات .

فلهذه الاسباب

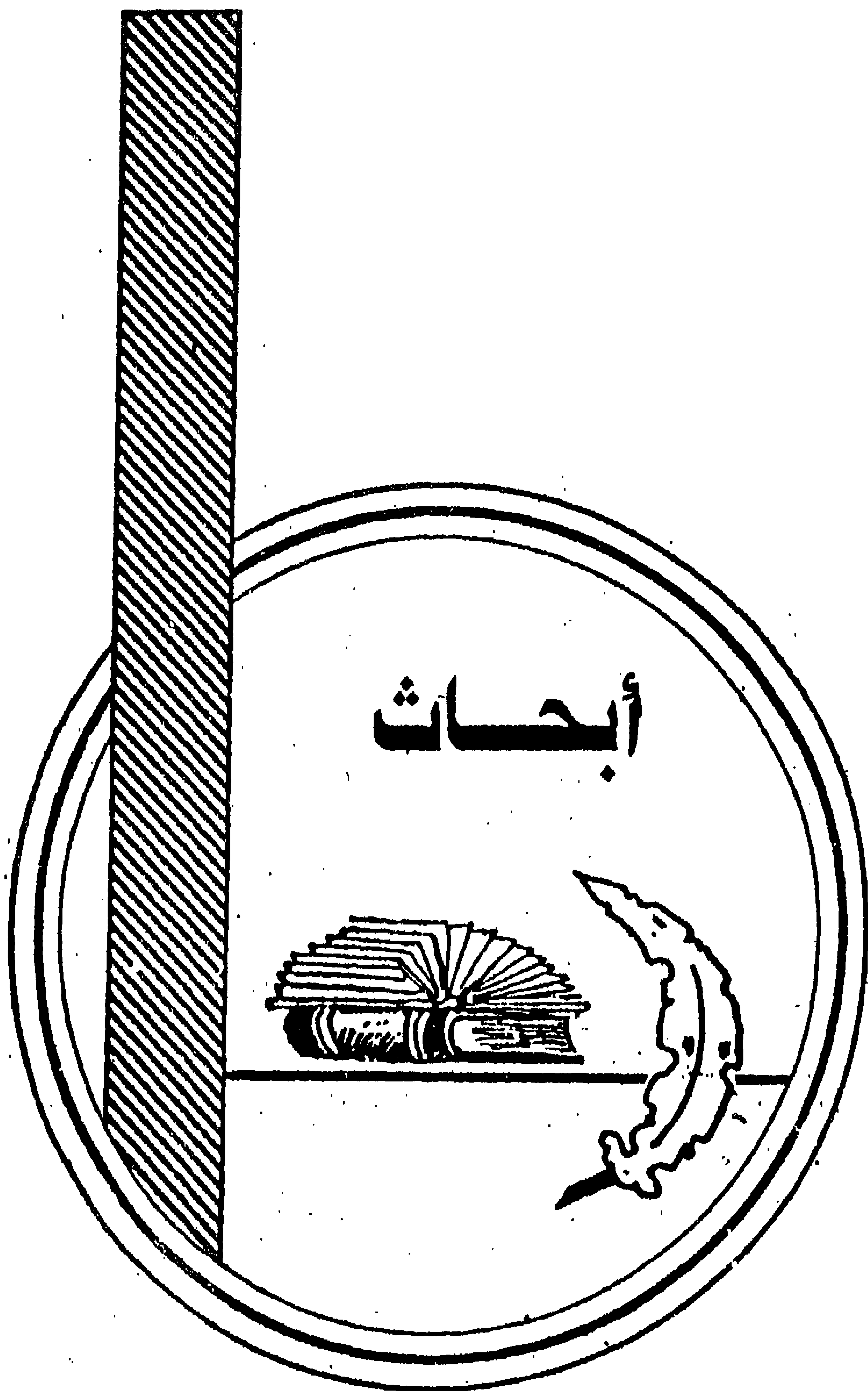
حكمت المحكمة :

بوقف الدعويين ، واحالة الاوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مسألة دستورية القانون ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ فى شأن الشركات العاملة فى مجال تلقى الاموال لاستثمارها .

القضية رقم ٧٣٥٩ لسنة ١٩٨٩ كلى شمال القاهرة برئاسة السيد الاستاذ اسماعيل ابراهيم الزيادى رئيس المحكمة وعضوية الاساتذه حسين مسلم محمد واحمد محمد دبوس .

هوامش

(١) الحكم رقم ٣٤٣٣ لسنة ٤١ ق الصادر من دائرة منازعات الأفراد والهيئات بمجلس الدولة .
(٢) القضية رقم ١٦ لسنة ٢ قضائية «دستورية» .
(٣) القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية «دستورية» .
(٤) القضية رقم ٩ لسنة ١ قضائية «دستورية» .
(٥) القضية المنشورة فى الجريدة الرسمية فى ٨٧/٤/١٦ العدد ١٦ .
(٦) فى هذا المعنى يراجع بحث «مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية» للاستاذ السنهورى معاد نشره فى مجلة القضاه س ١٩ العدد الاول يناير/ يونيو ١٩٨٦ ص ٣٠ .
(٧) طلب التفسير المقيد بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢ لسنة ٥ قضائية «تفسير» الجريدة الرسمية فى ١٩٨٨/٤/١٤ العدد رقم (١٥) .


أبحــاث

الرقابة القضائية على سلطة التشريع الاستثنائية لرئيس الجمهورية فى غيبة السلطة التشريعية

للسيد الأستاذ / حسين محمد البسومى - المحامى

تعتبر نصوص الدساتير هى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى أى دولة وهى بهذه الصفة تتصدر قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها واهدار ما يخالفها من تشريعات ، وتتخذ تلك القواعد والأصول معيارًا لتحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناءًا من الأصل العام الذى يقضى بانحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق وطبيعة وظيفتها ، فاذا أورد الدستور الأعمال الإستثنائية على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأى من تلك السلطات أن تتعداها إلى غيرها أو تجاوز الضوابط المحددة لها فيشكل عملها حينئذٍ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التى يعهد بها الدستور عادة لمحكمة عليا بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها .

وقد حدد الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر فى ٢٥ مارس ١٩٦٤ السلطات العامة للدولة ونص فى مادته السابعة والأربعين على أن « مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية » ، كما نص فى مادته التاسعة عشرة بعد المائة على أنه : « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة ، أو فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة فى خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدورها ، إذا كان المجلس قائمًا وفى أول اجتماع له فى حالة الحل ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى اصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الإعتراض » .

والمستفاد من هذه المادة أن الدستور ، وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصًا فى اصدار قرارات تكون لها قوة القانون فى غيبة مجلس الأمة إلا أنه رسم لهذا الإختصاص الإستثنائى حدودًا ضيقة تفرضها طبيعته الإستثنائية ، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتعلق بمآل ما قد يصدر من قرارات إستنادًا إليه ، فأوجب لإعمال رخصة التشريع الإستثنائية أن يكون مجلس الأمة غائبًا وأن تتهيأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين إنعقاد مجلس الأمة

بإعتبار أن تلك الظروف هى مناط الرخصة وعلة تقريرها ، وإذا كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الإختصاص التشريعى الإستثنائى فإن الرقابة الدستورية تمتد اليهما للتحقق من قيامهما باعتبارهما من الضوابط المقررة فى الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات ، شأنهما فى ذلك شأن الشروط الأخرى التى حددتها المادة ١١٩ ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة إستنادًا إليها على مجلس الأمة فى خلال أجل محدد للنظر فى اقرارها .

وإذا كانت المحكمة العليا[١] قد انتهت - لدى تصديها للفصل فى دستورية قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٩ - إلى « أن تقدير حالة الضرورة الملجئة لإصدار قرارات بقوانين عملاً بنص المادة ١١٩ من دستور ١٩٦٤ مرده إلى السلطة التنفيذية تقدره تحت رقابة السلطة التشريعية بحسب الظروف والملابسات القائمة فى كل حالة ، فإذا ما عرض القرار بقانون على السلطة التشريعية وأقرته فلا معقب عليها فيما تراه بشأن حالة الضرورة التى ألجأت السلطة التنفيذية إلى إصداره فى غيبة السلطة التشريعية »[٢] ، فليس من شك فى أن هذا القضاء محل نظر لأنه أهدر الرقابة القضائية على سلطة التشريع الإستثنائية لرئيس الجمهورية التى يمارسها فى غيبة مجلس الأمة إستنادًا إلى المادة ١١٩ من الدستور ، بعد أن دمج شروط ممارستها فى شرط واحد هو وجوب عرض ما يصدره رئيس الجمهورية من قرارات بقوانين على مجلس الأمة فى الموعد المضروب له ، بغير أن يفطن إلى أهم الشروط الأخرى لممارسة تلك السلطة وهو وجوب حدوث ظرف خلال غيبة المجلس يتطلب سرعة مواجهته بتدابير عاجلة ، ولو فطن الحكم إلى هذا الشرط لتغير وجه الرأى فى الدعوى .

أما الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادر فى ٩ سبتمبر ١٩٧١ فقد حدد أيضًا السلطات العامة للدولة ونص فى مادته السادسة والثمانين على أن : « يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ...... » ، كما نص فى مادته السابعة والأربعين بعد المائة على أنه : « إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قراراتٍ تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائمًا وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه أو آخر » .

كما أن الدستور نص فى مادته الخامسة والسبعين بعد المائة على أن : « تتولى المحكمة الدستورية العليا - دون غيرها - الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى تفسير النصوص التشريعية

وذلك كله على الوجه المبين فى القانون .. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التى تتبع أمامها » .

هذا وقد استمرت المحكمة العليا فى مباشرة اختصاصها حتى ألغى قانونها بموجب القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الذى أنشأ المحكمة الدستورية العليا واختصها - دون غيرها - بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وقد انتهت هذه المحكمة - لدى تصديها للفصل فى دستورية قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - إلى رفض ما أثارته الحكومة من أن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التى لا تمتد إليها الرقابة الدستورية « ذلك أنه وإن كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقًا للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب ، إلا أن ذلك لا يعنى اطلاق هذه السلطة فى اصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور »[٣] والتى من بينها اشتراط أن يطرأ - فى غيبة مجلس الشعب - ظرف من شأنه توفر الحالة الداعية لإستعمال رخصة التشريع الإستثنائية .

وهكذا عادت الرقابة القضائية على سلطة التشريع الإستثنائية لرئيس الجمهورية التى يباشرها أثناء غيبة السلطة التشريعية ، بعد أن كانت المحكمة العليا قد أهدرت تلك الرقابة مستبدلة إياها برقابة السلطة التشريعية ذاتها على النجو السابق عرضه .

ورغم ما انتاب حكمى المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا المشار إليها فيما سبق من تناقض واضح ، ورغم ما يوحى به ذلك التناقض بين أعلى محكمتين فى مصر ، ودون بحث للظروف والملابسات التى أحاطت بإصدار كل حكم منهما - لأن ذلك يخرج عن موضوع المقال - فلا شك أن ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا فى حكمها هو التفسير الصحيح لمواد الدستور .

هوامش

(١) أنشئت بموجب قرار رئيس الجمهورية بالقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ فى ٣١ أغسطس ١٩٦٩ وبدأت عملها فى نوفمبر من نفس العام .

(٢) راجع من فضلك الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١١ لسنة ١ قضائية جلسة أول أبريل ١٩٧٢ .

(٣) راجع من فضلك الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٩٨٥/٥/٤ .

دور النيابة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية

للسيد الأستاذ / خالد شهاب - المحامى

إن تشريعات وقوانين الأحوال الشخصية هى من التشريعات التى حازت الكثير من اهتمام الفقهاء والشراح .

هذا فضلاً عن أن الكثير من الكتاب والصحفيين قد تناولوا هذه القوانين بالشرح والتعليق والسبب فى ذلك يرجع إلى أهمية الدور الذى تلعبه قوانين الأحوال الشخصية فى كل بيت وفى كل مجتمع فهى التى تحكم الحياة الداخلية لكل أسرة ، من واجبات وحقوق لكل أفراد الأسرة سواء أكان زوج أم زوجة أم ابن ، فهذه القوانين والتشريعات لو لم تكن محكمة كخيوط العنكبوت لتفككت الأسرة وبالتالى تفكك المجتمع وانحلت الروابط الأسرية .

وفى موضوعنا هذا لن نسهب فى التحدث عن محاسن ومساوىء تشريعات الأحوال الشخصية ، بل سوف نبحث دور النيابة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية .

والأحوال الشخصية كما عرفتها محكمة النقض هى مجموع ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرًا قانونيًا فى حياته الاجتماعية ككونه إنسانًا ذكرًا أو أنثى وكونه زوجًا أو أرملاً أو مطلقًا أو أبًا أو إبنًا شرعيًا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر فى السن أو عته أو جنون وكونه مطلق الأهلية أو فقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

ونستطيع أن نستكمل لنوضح أن دور النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية دورًا أساسيًا ، ويترتب على اغفاله بطلان الحكم .. وقد وضح وأكد هذا الدور حكم لمحكمة النقض فى الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٨ ق أحوال شخصية بنصها : أصبحت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ طرفًا أصليًا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية فيكون لها ما للخصوم من حقوق وما عليهم من واجبات ، فلها أن تبدى الطلبات والدفوع وتباشر كافة الإجراءات التى يباشرها الخصوم ولا تسرى عليها قواعد رد أعضاء النيابة ، وهو ما يجوز معه أن يكون عضو النيابة الذى يبدى رأيه أمام محكمة أول درجة هو نفسه الذى يبدى رأيه أمام محكمة الاستئناف .

ولكى نتطرق الى بحث هذا الموضوع وتأسيسه أن نبدأ ببحث دور النيابة فى الخصومة المدنية .

أولاً - وظيفة النيابة العامة فى الخصومة المدنية :

تتمتع النيابة العامة فى الخصومة المدنية بدور غير قليل ، وقد جاء النص على ذلك فى قانون السلطة القضائية فى المادة ٢١ ، حيث

أوضحت فيه الدور المتميز للنيابة العامة فى الدعوى المدنية إلى جانب دورها الأساسى فى الدعوى العمومية .. إلا أن الفقه لم يترك هذا الدور يمر دون أن يحوز بعض الانتقادات .

« وقد وجهت بعض الانتقادات الى دور النيابة العامة فى الخصومة المدنية ، فقد قيل بأن وجود النيابة الى جانب القاضى الذى ينظر القضية يعنى عدم الثقة فى القاضى الذى ينظر القضية ، وهذا يعنى عدم الثقة فى القضاء وأن للدولة كما للأفراد ممثليها الذين يمكنهم تمثيلها فى الخصومة ، كذلك ، فإن لناقصى الأهلية وغيرهم من الأفراد الذين يراد حمايتهم بواسطة النيابة المدنية ممثليهم . فوجود النيابة يخل بمبدأ المساواة أمام القضاء كما قيل إن النيابة العامة المدنية وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للتدخل فى شئون القضاء . وأن نظام النيابة يشغل بعض رجال الهيئة القضائية ، والأولى عملهم كقضاة » الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، د / فتحى والى .

إلا أن هذا الرأى مردود عليه ، بأن دور النيابة العامة سواء كان وجوبيًا أم إختياريًا ليس إلا استشاريًا للقاضى أن يأخذ به أو أن يطرحه جانبًا حتى دون الالتفات لرأى النيابة فى منطوق حكمه وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى فى عدة أحكام منها :

« خلو الحكم من بيان رأى النيابة لا يترتب عليه بطلانه إلا أن ذلك مشروط بأن تكون النيابة قد أبدت بالفعل وثبت ذلك فى الحكم » نقض ١٩٧٦/١١/١٧ طعن رقم ٢٤ ش ٤٥ ق – هذا مع العلم أن هذا الحكم لا ينفى أهمية دور النيابة .

وقد أكد ذلك نص المادة ٢ من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ مرافعات « يقصد بتدخل النيابة فى القضايا المتقدمة وطرحًا أو تمثيلها فيها وتقديم معونتها للقضاء لحماية مراكز قانونية أو مصالح رأى الشارع أنها جديرة بحماية خاصة ، ويتحقق هذا المقصد بحضور ممثل النيابة فى الجلسة وتقديم مذكرة برأيه فى القضية ويكون تدخل النيابة فى أية حالة كانت عليها الدعوى قبل إقفال باب المرافعة فيها » .

هذا بجانب الدور الهام الذى يمكن أن تؤديه هيئة عامة غير متحيزة للدفاع عن مصالح المجتمع .

والواقع أنه إذا كانت مصالح المجتمع يمكن صيانتها – نظريًا – بواسطة القاضى إلا أن هناك مبدأ فى الخصومة يحول دون قيام القاضى بهذا الدور فالخصومة المدنية لا تبدأ إلا بطلب ولهذا ، فإن القاضى لا يستطيع بدءها وإن لزمت لحمايته مصلحة للمجتمع . ومن ناحية أخرى لا يتصور أن يقوم القاضى من تلقاء نفسه اعادة النظر فى حكم قضائى مخالف للقانون بغير طعن فيه .

ولا يمكن القول بترك الأمر إلى أصحاب الرابطة القانونية الموضوعية محل الخصومة وذلك أنه توجد روابط رغم أنها من القانون الخاص تفوق المصلحة العامة ، فى تطبيق القانون عليها المصلحة العادية . الوسيط فى شرح قانون القضاء المدنى ، د / فتحى والى .

ثانيًا – الشكل القانونى لتدخل النيابة :

كيف تتدخل النيابة فى الدعوى ؟ يفترض أن هناك خصومة قائمة بين أطرافها ، فتتدخل النيابة العامة فى هذه الخصومة بناء على إخطار قلم الكتاب لها ، ويكون الهدف من هذا التدخل هو ضمان تطبيق القانون على النحو الذى يكفل تحقيق مصلحة المجتمع ، وهو تدخل يعاون القاضى على تحقيق هذه المصلحة ، وقد جرى الفقه على تسمية النيابة فى هذا التدخل بالطرف المنضم !!!

وهى تسمية معيبة ، فمن ناحية ، هى ليست طرفًا لأن الطرف يسعى دائمًا ولو كان منضمًا للدفاع عن مصلحة ذاتية فى حين أن النيابة العامة تسعى بتدخلها إلى تطبيق القانون ، ومن ناحية أخرى هى ليست منضمة لأنها لا تنضم للمدعى أو المدعى عليه إذ قد يكون تطبيق القانون غير متفق مع المصلحة التى يدافع عنها أيهما ، ولهذا فهى لا تعتبر بتدخلها طرفًا وإنما هى ممثلة للمصلحة العامة فى خصومة بين آخرين ، وعلى هذا الأساس تتعدد سلطاتها وهى سلطات تختلف عن سلطات طرفى الخصومة .

الوسيط فى شرح قانون المرافعات د / فتحى والى .

ثالثًا – أنواع تدخل النيابة فى الدعوى :

تدخل النيابة فى الدعوى العمومية نوعان ، إما تدخل وجوبى وتدخل اختيارى .

ففى حالة التدخل الوجوبى إذا لم تتدخل النيابة العامة فإن الحكم الصادر فى الدعوى يكون باطلاً بطلانًا مطلقًا لأنه متعلق بالنظام العام ويجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض ويجب أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها – وقد برهنت على ذلك أحكام محكمة النقض وفى حكم حديث نسبيًا لمحكمة النقض :

« إذا كان الثابت أن النيابة العامة لم تتدخل فى الدعوى الماثلة لابداء الرأى فيها حتى صدر الحكم المطعون فيه ، فإن هذا الحكم يكون باطلاً وإذ يتعلق هذا البطلان بالنظام العام فإن لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها وعلى الرغم من عدم التمسك به فى صحيفة الطعن عملاً بالمخول لها فى المادة ٢٥٣ / ٢ من قانون المرافعات » .

نقض ١٩٧٧/١١/٣٠ طعن رقم ٣٥٩ س ٤٤ .

وفى التدخل الوجوبى لا يعفى تدخل النيابة أمام محكمة أول درجة من تدخلها أمام المحكمة الاستئنافية . بل يجب تدخل النيابة فى جميع درجات التقاضى وإبداء رأيها طالما أن الدعوى كانت من الدعاوى التى يجب على النيابة التدخل فيها .

ولا يشترط لتدخل النيابة فى الدعوى أن تكون من الدعاوى التى يجب تدخل النيابة فيها بل يجب تدخلها إذا أثيرت فى هذه الدعوى احدى المسائل الفرعية أو العارضة التى يجب تدخل النيابة فيها .

فمثلاً إذا كانت هناك دعوى قسمة وهى من الدعاوى الجزئية المدنية وأثيرت فيها احدى مسائل الأحوال الشخصية التى يجب تدخل النيابة فيها فهذا لا يعفى النيابة من دورها فى ابداء رأيها فى هذه المسألة العارضة وإلا أصبح الحكم باطلاً بطلانًا متعلقًا بالنظام العام ، وقد جاء تأكيدًا لهذا المعنى حكم المادة الرابعة من قانون المرافعات رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ :

« يوجب قانون المرافعات على كاتب المحكمة بمجرد قيد الدعوى أن يخطر بها النيابة إذا كانت من الدعاوى التى يجب غليها أو يجوز لها أن تتدخل فيها فإذا عرضت أثناء نظر الدعوى مسألة شخصية مما تتدخل فيها النيابة فيكون اخطارها بناء على أمر من المحكمة » .

رابعًا – تنظيم تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية :

وضع قانون المرافعات رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ تنظيم كيفية تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية وقد جاء نصه فى المادة الأولى على :

« أجاز القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ للنيابة العامة أن تتدخل أمام المحاكم الجزئية فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بنظرها بمقتضى القانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ . وتعتبر فى هذه الحالة طرفًا منضمًا وتسرى فى شأنها أحكام المادة ٩٥ مرافعات كما أوجب أن تتدخل أمام المحاكم الإبتدائية فى جميع قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بالحكم فيها سواء أكانت منعقدة بهيئة ابتدائية أم بهيئة استئنافية ، وكذلك قضايا الوقف التى تنظرها المحاكم الابتدائية » .

وأوجب عليها أيضًا أن تتدخل فى جميع قضايا الأحوال الشخصية والوقف المنظورة أمام محاكم الاستئناف أو أمام محكمة النقض .

وتعتبر النيابة فى هذه الحالات طرفًا أصليًا ويكون لها ما للخصوم فى حقوق ولا تسرى فى شأنها أحكام المادة ٩٥ مرافعات .

ونستطيع أن نستخلص من هذا النص أن هناك نوعان لتدخل النيابة ، هما التدخل أمام المحاكم الجزئية وهى تكون كطرف منضم ، وتسرى فى شأنها أحكام المادة ٩٥ مرافعات التى جاء نصها على ما يلى :

« فى جميع الدعاوى التى تكون فيها النيابة طرفًا منضمًا لا يجوز للخصوم بعد تقديم أقوالها وطلباتها أن يطلبوا الكلام ولا أن يقدموا مذكرات جديدة وإنما يجوز لهم أن يقدموا للمحكمة بيانًا كتابيًا لتصحيح الوقائع التى ذكرتها النيابة .

ومع ذلك يجوز للمحكمة فى الأحوال الاستثنائية التى ترى فيها قبول مستندات جديدة أو مذكرات تكميلية أن تأذن فى تقديمها وفى اعادة المرافعة وتكون النيابة آخر من يتكلم .

أما بالنسبة لتدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية التى تنظرها المحاكم الابتدائية فقد اعتبرها القانون فى هذه الحالات طرفًا أصليًا ، يحق لها ما للخصوم من حقوق ويوجب عليها ما عليهم من واجبات ولا تسرى فى شأنها حكم المادة ٩٥ مرافعات السابق ذكرها .

وقد جاءت أحكام محكمة النقض لتؤكد من أهمية تدخل النيابة وابداء رأيها فى قضايا الأحوال الشخصية المنظورة أمام المحاكم الابتدائية :

« إن الشارع إذ أوجب بمقتضى المادة ٩٩ مرافعات على النيابة التى تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإذ أوجب أيضًا فى المادة ٣٤٩ مرافعات على المحكمة أن تبين فى حكمها ضمن ما أوجبه من بيانات اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ومراحل الدعوى

ورأى النيابة فى دعاوى الأحوال الشخصية واثبات هذا الرأى ضمن بيانات الحكم هو من البيانات الجوهرية التى يترتب على اغفالها بطلان الحكم به » .

نقض ١٩٥٢/٦/٢ طعن ٧ س ٢٥ ق ويعتبر هذا الحكم من الأحكام الأساسية التى أرست بعض المبادىء الخاصة بتدخل النيابة وأهميته منها :

أولاً : على المحكمة أن تبين فى حكمها اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى الدعوى .

ثانيًا : على المحكمة أن تبين فى حكمها مضمون رأى النيابة .

ثالثًا : اغفال أى من هذين الشرطين يترتب عليه بطلان الحكم .

وقد تعاقب أحكام النقض لتأكد هذه المعانى :

« متى كان الحكم الصادر فى مسائل الأحوال الشخصية ولم يتضمن هذا الحكم اسم عضو النيابة الذى أبدى رأى فى القضية ولم يفصح الحكم عن اسم عضو النيابة الذى أورد اسمه فى ديباجته ممثلاً للنيابة العامة عند تلاوة الحكم هو صاحب ذلك الرأى فإن الحكم يكون باطلاً طبقًا للمادة ٣٤٩ مرافعات .

طعن رقم ٣٢ سنة ٢٦ ق أحوال شخصية .

وقد جاء تأكيدًا لهذا المعنى أيضًا حكم لمحكمة النقض فى دعوى ثبوت وصحة ونفاذ وصية :

« إذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب الحكم بثبوت وصحة ونفاذ الوصية الصادرة للمطعون ضدها من مورث الطاعنة ، وكان الفصل فيها يتنازل فضلاً عن ثبوت صحة الوصية من الموصى مدى توافر أركان انعقادها وشروط صحتها ونفاذها فى حق الورثة طبقًا للأحكام المنصوص عليها فى قانون الوصية الصادر به القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٦ وهو ما كان يدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية وكان الاختصاص بنظرها ينعقد – وفقًا للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحلية – للمحكمة الابتدائية فإنها تكون من الدعاوى التى أوجب المشرع على النيابة العامة أن تتدخل فيها بموجب نص المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف ، وإذ رتب المشرع عدم تدخل النيابة العامة فى هذه الدعاوى بطلان الحكم وهو اجراء يتعلق بالنظام العام وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن النيابة العامة لم تتدخل فى الدعوى إلى أن صدر فيها الحكم فإنه يقع باطلاً » .

الطعن رقم ٣٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٦ .

وهذا بالإضافة إلى الأحكام الأخرى التى أكدت هذه المعانى منها :

«تنص المادة ٩٩ مرافعات على وجوب تدخل النيابة فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلاً كما أوجبت المادة ٣٤٩ من هذا القانون أن يكون من بيانات الحكم رأى النيابة فى أحوال تدخلها ، ومفاد ذلك أن سماع رأى النيابة فى الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية وإثبات هذا الرأى ضمن بيانات الحكم هو من الإجراءات الجوهرية التى يترتب على إغفالها البطلان حتى ولو كانت الدعوى قد

رفعت أصلاً بوصفها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة أولية تتعلق بالأحوال الشخصية » .

طعن رقم ١٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ٥٩/١/١٥ س ١٠ ص ٥٨ مج فنى مدنى .

وقد جاء حكم نقض أيضًا ليؤكد مدى سيطرة الشكلية على الأحكام .

« الحكم باعتباره ورقة شكلية يجب أن تراعى فى تحديده الأوضاع الشكلية المنصوص عليها فى القانون ، وأن تشتمل على البيانات التى أوجب ذكرها فيه والبطلان الذى رتبه الشارع جزاء على مخالفة تلك الأوضاع أو على إغفال الحكم لبيان من البيانات الجوهرية اللازمة لصحته هو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به فى أى وقت أمام محكمة النقض وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ولما كان الشارع قد أوجب بمقتضى المادة ٩٩ من قانون المرافعات على النيابة أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلاً وأوجب فى المادة ٣٤٩ مرافعات على المحكمة أن تبين فى حكمها رأى النيابة وإسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية وإن كان رتب صراحة على عدم بيان إسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى قضية متعلقة بالأحوال الشخصية بيانًا جوهريًا لازمًا لصحة الحكم مهما يقتضى اعتبار البطلان المترتب على اغفاله من النظام العام ، ولا يغنى عن ذلك ذكر الحكم أن النيابة أبدت رأيها فى المذكرة المقدمة منها دون تعيين إسم عضو النيابة الذى أبدى هذا الرأى » .

طعن رقم ٦ سنة ٢٩ ق جلسة ٦١/٢/٢٢ س ١٢ ص ٣٠ مج فنى مدنى .

خامسًا – ولكن هل يشترط أن تبدى النيابة رأيها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ؟؟

« قد أجابت محكمة النقض على هذا السؤال بحكم شهير لها : « لم يوجب القانون أن ثبوت النيابة رأيها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت إسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية فإنه لا يعيبه عدم إبداء النيابة رأيها فى المراحل اللاحقة على إعادة القضية إلى المرافعة لأن ذلك محمول على أنها لم تجد ما يدعوها لتغيير رأيها السابق وإبداء رأى جديد ، ولا يغير فى ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٧ مرافعات من أنه يجوز للمحكمة فى الأحوال الاستثنائية التى ترى فيها قبول تقديم مذكرات تكميلية أو مستندات جديدة أن تأذن فى تقديمها وفى إعادة المرافعة وتكون النيابة آخر من يتكلم » .

طعن رقم ٤٠ لسنة ٢٩ ق س ١٤ ص ٨٤٢ جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ .

وقد جاء تأكيدًا لهذا المعنى حكم آخر لاحقًا لهذا الحكم فى ١٩٦٤/٤/١٥ .

حيث رأت النيابة عدم قبول طلبات المدعى إلا أن المحكمة قد تجاهلت هذا الرأى واستمرت فى الدعوى ولم تحيل القضية إلى النيابة مرة أخرى وقد جاء منطوق الحكم كما يلى :

« إذا اقتصر رأى النيابة العامة فى أن طلبات المدعى غير مقبولة ورأت المحكمة غير ذلك وسارت فى الدعوى ، فلا عليها إن هى لم تعدها إلى النيابة لإبداء رأى

جديد ، والقول بأن النيابة لم تكن آخر من يتكلم ليس من شأنه إبطال الحكم إذ أن البطلان هنا لا يكون إلا إذا طلبت النيابة العامة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت » .

طعن رقم ١٨ س ٣١ ق س ١٠ ص ٥٥٠ .

سادسًا – أثر تعديل قانون المرافعات على الدعوى الشرعية :

بعد تعديل قانون المرافعات وصدور القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد تعدل نص المادة ٣٤٩ فى القانون القديم التى كانت توغل فى الشكلية مما هدد كثير من الأحكام بالبطلان ، وكانت تعتبر ذكر اسم عضو النيابة من البيانات الأساسية التى يترتب على إغفالها بطلان الحكم . وقد أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون « لم يرتب المشرع على عدم ذكر اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية فى الحكم بالبطلان ، لأن ذكر اسمه ليس من قبيل البيانات الأساسية ، ما دامت النيابة قد أبدت بالفعل رأيها فى مذكرتها وثبت ذلك فى الحكم . وعلة ذلك هو التخفف من حالات البطلان .

وقد جاء نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات الجديد ليؤكد ذلك المعنى بنصه : « يجب أن يبين فى الحكم المحكمة التى أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادرًا فى مادة تجارية أو مسألة مستعجلة وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية إن كان ، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم . كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهرى . ورأى النيابة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه . والقصور فى أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان اسم القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم » .

والمدقق منا فى هذه المادة يلاحظ أنها قد جمعت أسباب بطلان الأحكام على سبيل الحصر وهى :

(أ) القصور فى أسباب الحكم الواقعية .

(ب) النقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم .

(ج) عدم بيان إسم القضاة الذين أصدروا الحكم .

ونلاحظ هنا أن المشرع لم يرتب البطلان على عدم بيان إسم عضو النيابة أو عدم بيان رأيه فى أسباب الحكم أو منطوقه ، وحسنًا فعل المشرع بأن خطى خطوة كبيرة بعيدًا عن هيمنة الشكليات وقد أدى هذا إلى تطور كبير فى أحكام محكمة النقض من النقيض إلى النقيض . وقد تجسد ذلك فى حكم حديث لمحكمة النقض جلسة ١٩٧٦/١١/٢٤ : « النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من قانون المرافعات على أنه يجب أن يبين فى الحكم ..... أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذى أبدى الرأى فى القضية وإن كان فى الفقرة الثانية نص على أن « عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم والنص يترتب عليه بطلان الحكم يدل على أن بيان

إسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ليس من البيانات الأساسية التى يترتب على إغفالها بطلان الحكم وإذا كانت النيابة قد أبدت رأيها فى القضية وأثبتت ذلك فى الحكم فإن النعى عليه لخلوه من بيان اسم عضو النيابة يكون على غير أساس .

طعن ٤٠ لسنة ٤٥ ق أحوال شخصية سنة ٢٧ ص ١٦٣٦ .

وقد جاء أيضًا فى حكم حديث جدًا لمحكمة النقض جلسة ١٩٨٥/٤/٢٣ أن التفات الحكم عن الرأى الذى، أبدته النيابة قد دل على أنه لم يرد الأخذ به .

طعن ٥١ لسنة ٥٤ ق أحوال شخصية .

سابعًا هل يشترط أن تبدى النيابة العامة رأيها كتابة :

هل يجوز للنيابة العامة أن تبدى رأيها شفاهية أو أن تفوض المحكمة فى الرأى ؟

من المستقر فى أحكام محكمة النقض ، أنها أعطت النيابة الحرية التامة فى الطريقة التى تبدى بها رأيها فيحق لها أن تبديه شفاهية ، ويحق لها أن تبديه كتابة ويحق لها أن تفوض الرأى للمحكمة .

وقد جاء تأكيدًا لهذا المعنى حكم لمحكمة النقض « إذا فوضت النيابة الرأى لمحكمة الاستئناف بعد أن قدم طرف الخصومة أدلتهما على ثبوت ونفى الهجر كسبب للمضارة المبيحة للتفريق بينهما فإن النيابة العامة تكون بذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قد أبدت رأيها فى القضية بما مؤداه تفويض الرأى للمحكمة فى تقدير أقوال الشهود وسائر الأدلة فى قضايا الأحوال الشخصية .

الطعن رقم ٣٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ .

ليس على القاضى فى خطئه - اذا أخلص النية - تعقيب ، فهو بشر قبل كل شىء ، انما عليه المآخذ تأخذه بالنواصى والاقدام ، اذا انزلق فى مزالق الهوى ، وأحاطت بعنقه الشبهات ....

الامام محمد عبده

ضوابط وحدود اثبات الحق المدنى امام القضاء الجنائى

للسيد الاستاذ / صلاح الدين جمال عبد الرحمن - المحامى

تمهيد :

إن ما يثور فى الذهن عند البحث فى موضوع من الموضوعات هو السؤال عن ماهية الأهمية الفقهية والعملية من بذل ذلك الجهد ؟؟

ولذلك نبادر بالإجابة على ذلك بأن أهمية هذا البحث تتمثل فى مساسه بموضوع يتسم بالدقة الشديدة وما يزال على الرغم من كتابات الخطة وإن كانت قليلة وغير بارزة فى المراجع المختلفة وعلى الرغم من أحكام قضاء النقض وإن كانت متناثرة . فما يزال الموضوع يثير بعض الخلط لدى جانب غير قليل من العاملين بالمجال القانونى . وقد كان دافعى الأول للكتابة فى هذا الموضوع ما لمسته عملاً بصدد بعض الدعاوى القضائية التى سأتناول إحداها كنموذج أقوم بالتعليق على ما صدر فيه من أحكام القضاء التى عثرنا عليها فى هذا الموضوع لدى بعض أعمدة الفقه الجنائى فى الوقت المعاصر وبعض أساتذة ذلك العلم ومجموعات الأحكام التى تصدر عن محكمتنا العليا .

وسوف نتناول الموضوع فى مبحثين :

يشتمل الأول على دراسة عدة مسائل مترابطة للإجابة على بعض التساؤلات وفى البداية نبدأ بتعريف الدعوى المدنية ثم نرد على السؤال عن طبيعتها أمام القضاء الجنائى ، ونلى ذلك بكيفية الإثبات ، وهل تخضع للقواعد الواردة فى القانون الجنائى فى شقه الإجرائى أم تخضع لقانون آخر ؟ وأما فى المبحث الثانى فنتناول ماهية الإجراءات التى تتخذ للوصول إلى ذلك ، وتعليق على حكم صادر من إحدى المحاكم الجنائية .

المبحث الأول

الفرع الأول

تعريف الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى :

Action civil.

يمكن تعريف الدعوى المدنية « بأنها الدعوى التى يقيمها من لحقه ضرر من الجريمة بطلب تعويض هذا الضرر » وهى فى حقيقتها دعوى تعويض Action en dommeges - interets إلا أنها تنشأ عن فعل خاطىء ضار يعد فى نظر قانون العقوبات جريمة . فهى مشتركة المصدر مع الدعوى الجنائية وهو الواقعة الإجرامية(١) .

لذلك فقد نص المشرع فى المادة ٢٥١ فقرة ٢ إجراءات جنائية على أنه « لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية فى أية حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة طبقاً للمادة ٢٧٥ ، ولا يقبل منه ذلك أمام المحكمة الإستئنافية » .

إذن فقد يتم الإدعاء المدنى أمام المحكمة الجنائية بالتبعية للدعوى الجنائية التى تقيمها النيابة العامة ، وقد يتم هذا الإدعاء بطريق الإدعاء المباشر بتحريك الدعوى الجنائية بالتبعية للدعوى المدنية فى مواد الجنح والمخالفات دون الجنايات لما تمثله الأخيرة من اتهامات خطيرة استلزمت حرص المشرع بمنعه الأفراد من أمكنة اللجوء للإدعاء المباشر فيها ، وقصر تحريكها على النيابة والمحاكم فى أحوال التصدى فحسب .

إلا أن وحدة المصدر فى الدعويين الجنائية والمدنية يجب ألا يؤدى إلى الخلط بينهما ، إذ يختلفان من حيث الموضوع والخصوم الذى يمثل فى الدعوى الجنائية طلب توقيع العقوبة باسم المجتمع وفى الدعوى المدنية طلب التعويض ولحساب المضرور من الجريمة . كما يختلفان من حيث السبب إذ أنه وإن كان مصدر الدعوى الجنائية هو الجريمة كواقعة أخلت بالنظام العام للجماعة إلا أن هذه الواقعة لا تمثل فى الدعوى المدنية سبباً لها إلا من حيث كونها فعلاً خاطئاً ضاراً يلزم فعله بالتعويض تطبيقاً لنص المادة ١٦٣ مدنى .

ومن ثم فمن المتصور إقامة الدعوى الجنائية دون المدنية لعدم وجود ضرراً خاصاً واقعاً على فرد معين .

كما تختلف الدعوى الجنائية عن الدعوى المدنية من حيث القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على الواقعة ، وهذا محل دراسة فى هذا البحث ، حيث تخضع الأولى من الناحية الموضوعية لقانون العقوبات بينما سنرى أن الثانية تخضع للقواعد والنصوص المدنية الورادة فى القانون المدنى والقوانين الملحقة به .

كما أن الدعوى الجنائية تقضى بأسباب غير تلك التى تنقضى بها الدعوى المدنية فإذا كانت الأولى تنقضى بوفاة المتهم ، ومضى المدة وصدور الحكم النهائى الذى يفصل فى الموضوع ، العفو الشامل . فإن الثانية تنقضى بالوفاء ، والتنازل ، ومضى المدة الخاصة بها ، وصدور الحكم فيها . لذا كان من الممكن أن تظل إحدى الدعويين قائمة رغم انقضاء الأخرى .

وأخيراً تختلفان من حيث القواعد الإجرائية من حيث الإختصاص بنظر الدعوى ومن حيث قواعد السير فيها وقواعد الإثبات وتفصيل ذلك على النحو الآتى :

إذا كانت الدعوى المدنية المنظورة أمام القضاء الجنائى تخضع للقواعد الواردة فى مجموعة الإجراءات الجنائية مادام فيها نصوص خاصة تتعارض مع ما يقابلها فى قانون المرافعات المدنية (٢) تطبيقاً لنص المادة ٢٦٦ من قانون الإجراءات الجنائية الذى تنص على «يتبع فى الفصل فى الدعوى المدنية التى ترفع أمام المحاكم الجنائية الإجراءات المقررة بهذا القانون» . وفى قضاء لمحكمة النقض قضت فيه بأن «الأصل أن نصوص قانون الإجراءات الجنائية بحيث لا يرجع إلى نصوص قانون آخر لسد نقص أو الإستعانة على تنفيذ القواعد المنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية (٣) ، فان السؤال الذى يطرح نفسه يدور حول تحديد القواعد الواجبة التطبيق لإثبات الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى خاصة فى جريمة كجريمة التبديد وخيانة

الأمانة ؟؟ ، كما يثور السؤال عن ما هو المقصود بالإثبات ؟؟ وفى البداية يعرف الإثبات - بصفة عامة - بأنه « كل ما يؤدى إلى ظهور الحقيقة » ، وهو فى مجال الإثبات الجنائى « ما يؤدى إلى ثبوت إجرام المتهم » وهو «يضع حداً لمصير الدعوى » . إذ فى الإثبات وحده تكمن الأسباب التى تدفع القاضى إلى إصدار حكمه بالإدانة أو بالبراءة (٤) . وسيقتصر بحثنا هذا على الإثبات فيما يتعلق بالدعوى المدنية دون الجنائية .

الفرع الثانى
كيفية إثبات الدعوى المدنية

كما سبق القول يجب بادىء ذى بدء أن نميز بين إثبات عناصر الجريمة وإثبات الشق المدنى الناتج عن سلوك المتهم .

وإذا ما رجعنا إلى نصوص قانون العقوبات لوجدنا مثالاً صارخاً فى نص المادة ٣٤١ يدعو إلى وجوب هذه التفرقة المشار إليها ، إذ انها قد تضمنت اشتراط وجود عقد ائتمان فى إحدى الصور الواردة فى النص على سبيل الحصر . ويثور السؤال عن ما هى الوسائل الميسرة أمام المدعى بالحق المدنى لكى يثبت وجود التصرف القانونى والمتمثل فى عقد الأمانة فضلاً عن إثبات الوقائع المادية الملابسة له والمتمثلة فى تسليم واستلام الوديعة ؟؟

ومع أنه من المقرر فى قضاء محكمة النقض المصرية أن إثبات أركان جريمة خيانة الأمانة يخضع لمبدأ الإقتناع القضائى المقرر بنص المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية . بمعنى أن للقاضى أن يأخذ بأى نوع من الأدلة فى الإثبات والنفى . إلا أن القاعدة أيضاً ، أن إثبات العقد والتسليم فى جريمة خيانة الأمانة وغيرها من التصرفات والوقائع المدنية وهى مسائل مدنية بطبيعتها ومستقلة عن واقعة الجريمة بأركانها المتمثلة فى الاختلاس المادى مع توافر القصد الجنائى بل وسابقة فى وجودها على وقائع الجريمة ومن ثم فانها تخضع فى إثباتها لما يخضع له إثبات العقود المدنية من أحكام . وقد كرس المشرع تلك القاعدة فى نص المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية .

وبعبارة أخرى يعبر البعض عن ذلك بأن الجريمة ليست فى وجود العقد حتى يخضع إثباته للقواعد الجنائية ، وإنما الجريمة فى الإخلال به فى صورة الإعتداء على ملكية المال الذى سلم بناء عليه . وترتيباً على ذلك فقد تقرر أن الأصل « أن كيفية الإثبات ترتبط بنوع الموضوع المطروح على القضاء ، لا بنوع القضاء المطروح عليه الدعوى » (٥) .

ومن ثم تكون قواعد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الإثبات فى المواد المدنية هى القواعد الواجبة التطبيق أمام القاضى الجنائى فى إثبات المسائل المدنية . كى لا يكون الإلتجاء إلى المحاكم الجنائية وسيلة للتهرب من وسائل الإثبات المقررة أمام المحاكم المدنية (٦) .

وبناء عليه يلزم لإثبات عقود الوديعة تطبيق نصوص المواد ٦٠ وما بعدها من قانون الإثبات والتى تقرر أنه « فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانون تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز

شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضاؤه .... » بمعنى أنه لا يجوز الإثبات إلا بالكتابة فى الإلتزامات التى تزيد على عشرين جنيهاً ولكن هل تسرى تلك القاعدة على إطلاقها ؟؟ ولذا كانت الإجابة بالنفى فما هى القيود التى ترد عليها ؟؟ يجيب على ذلك المشرع فى الفقرة الأخيرة من المادة ٦٠ بقوله « ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » وبأن « العبرة فى تقدير الإلتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف » أ/٦٠ فقرة ثانية . ومن ثم فإذا زادت قيمة المبلغ جاز الإثبات بالبينة . إذ من المتصور أن يترتب على الإلتزام زيادات بعد منشأة عقد الوديعة الأصلى محل التداعى .. وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كانت هناك استثناءات أخرى أوردها المشرع فى نصوص التشريع خروجاً على مبدأ الثبوت بالكتابة ؟؟ وما مدى تعلق تلك القواعد بالنظام العام ؟؟

ونجيب على السؤال الأول بالإيجاب إذ أن نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات يقرر أنه « يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثبات بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة » . ثم بينت فى الفقرة الثانية منها المقصود بمبدأ الثبوت بالكتابة بقولها « وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الإحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الأوراق التى يكتبها المدعى عليه وإن لم يوقعها بإمضائه كما يعتبر فى رأينا - مبدأ ثبوت بالكتابة العقد الذى يحرره المدعى عليه مع طرف ثالث يسلمه فيه نفس الوديعة محل الإلتزام المطالب بأن يوفيه إلى المدعى بالحق المدنى . وهو الرأى الذى ساندته نيابة الإستئناف فى الدعوى محل تعليقنا فى الجزء الثانى من هذا البحث .

ويتضح من نص المادة ٦٢ إثبات أن مبدأ الثبوت بالكتابة يفترض وجود كتابة ، وصدورها عن المتهم نفسه أو عن ممثله القانونى وأن يكون من شأنها جعل وجود عقد الأمانة قريب الإحتمال (٧) . ومن أمثلة ما اعتُبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، اعتراف المتهم الضمنى بوجود العقد ، واعترافه المنطوى على تناقض فيما بين أجزائه (٨) وأقواله فى محاضر جمع الإستدلالات أو التحقيق الإبتدائى (٩) . إذ يجوز للمحكمة أن تعتبر مبدأ ثبوت بكتابة الورقة التى يوقعها المتهم وإن لم تكن محررة بخطه (١٠) . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير وجود مبدأ ثبوت الكتابة هى مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض» (١١) .

ومن ثم يجب على المحكمة أن تضمن حكمها بالإدانة العبارات التى اعتبرت مبدأ ثبوت بالكتابة كى تستطيع محكمة النقض أن تباشر رقابتها وإلا كان الحكم قاصراً (١٢) .

هذا فضلاً عن أن نص المادة ٦٣ من ذات القانون تقرر أنه « يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى :

(أ) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى .

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه » .

والملاحظ أن تلك النصوص ما هى إلا تقنين لما جرى عليه العمل فى القضاء .

فقد قضت محكمة النقض فى قضاء قديم نسبياً بأن قيام

المانع الأدبى الذى من شأنه أن يحول دون الحصول على كتابة عند وجوبها فى الإثبات يجيز الإثبات بالبينة[١٣] .

كما قضت أيضاً فى قضاء آخر بأنه يجوز الإثبات بالبينة وعكس ما ورد بالكتابة إذا ما كان العقد مشوباً بالغش نحو القانون « نظراً لاختلاط الغش بالصورية»[١٤] .

كما قضت بأن العبرة فى قيام عقود الأمانة هو بحقيقة الواقع [١٥] .

ويتبقى لدينا الإجابة على مدى تعلق قواعد الإثبات المدنية بالنظام العام ؟؟

والقاعدة المقررة فى قضاء محكمة النقض « أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام [١٦] . ومن ثم يجوز الإتفاق على ما يخالف تلك القواعد سواء كان ذلك الإتفاق صريحاً أو ضمنياً .. بمعنى أنه يجوز الإتفاق على الإثبات بغير الكتابة بصدد التزام يزيد على عشرين جنيهاً [١٧] .

ولذلك فقد قضت محكمة النقض فى قضاء آخر بأنه « إذا لم يعترض المتهم بخيانة الأمانة على إثبات عقد الأمانة بالبينة رغم أن قيمة العقد تزيد على عشرين جنيهاً فانه يعد متنازلاً عن الإثبات بالكتابة وقبولاً للإثبات بالبينة » [١٨] .

والدفع بعدم جواز الإثبات إلا بالكتابة كالدفوع الشكلية يجب أن يبدى منذ بداية التحقيق فى الدعوى وقبل التعرض للموضوع وإلا فانه لا يجوز للمتهم أن يدفع به بعد ذلك لسقوط حقه فيه [١٩] .

وقد قضى بأن سكوت المتهم عن الإعتراض على سماع الشهود وعدم التمسك بوجوب الإثبات بالكتابة يعد نزولاً ضمنياً عن الدفع لا يجوز العدول عنه بعد ذلك [٢٠] هذا فضلاً عن أن القبول الضمنى للمدين بالتنازل عن الإثبات بالكتابة قد يستفاد من عدم اعتراضه أثناء سير الدعوى على الإثبات بالبينة الذى تقدم بطلبه الدائن أو خصمه بصفة عامة فى الدعوى المدنية ويستفاد ذلك ، من باب أولى ، من مساهمته فى هذا الإثبات بمناقشة شهود الإثبات أو طلبه شهود نفى [٢١] .

وإذا كانت أحكام الإثبات فى المواد المدنية ليست من النظام العام ، وانما هى مقررة لمصلحة الخصوم ، لذلك فقد وجب على من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة فيما يتعلق بالحق المدنى أن يتقدم بدفعه إلى محكمة الموضوع ، فان لم يثر شيئاً من ذلك أمامها فانه يعتبر متنازلاً عن حقه فى الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون . ولا يكون له من بعد أن يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض [٢٢] .

هذا فضلاً عن أنه يجوز أيضاً الإثبات بالبينة إذا وجد مانع أدبى أو مادى يحول دون حصول صاحب الحق على دليل كتابى . « ويدخل تقدير توافر المانع فى سلطة قاضى الموضوع [٢٣] .

وقد قضى فى قضاء النقض بأنه إذا رأت المحكمة من ظروف الدعوى أن علاقة القرابة بين الخصمين هى التى صنعت أحدهما من أخذ سند من الآخر بالوديعة التى ائتمن عليها فأجازت له الإثبات بالبينة فلا يصح مناقشتها فى ذلك [٢٤] .

كما قضت بأنه إذا سلمت امرأة لخالتها مصوغاتها عند إقامتها بمنزلها لشقاق بينها وبين زوجها خوفاً عليها من

الضياع جاز لها إثبات التسليم بالبينة [٢٥] .

ويعتبر من قبيل الوديعة الإضطرارية تسليم المصاب فى حادث لما معه من أشياء إلى من رافقه إلى المستشفى أو إلى جاره فى المستشفى ليحفظ له تلك الأشياء ، وكذلك ينطبق نفس التكييف على الوديعة الجارية كأن يودع رواد المطعم أو الفندق متعلقاتهم لدى المطعم أو الفندق الذى يرتادونه [٢٦] .

هذا كما لا يلزم الكتابة للإثبات فى المواد التجارية وكما يجوز الإثبات بشهادتها بشهادة الشهود فانه يجوز أيضاً إثبات عقد الأمانة بمختلف طرق الإثبات فى قانون الإثبات . فيجوز إثباته بالاقرار الصادر عن المتهم وبشرط أن يكون إقراراً قضائياً بمعنى أن يكون صادر فى مجلس القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة « م/١٠٣ إثبات مدنى » . والإقرار حجة قاطعة على المقر ومع ذلك فالإقرار لا يتجزأ على صاحبه إلا إذا نصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى « م/١٠٤ إثبات » . وباعتبار الأفراد حجة قاطعة لا يجوز الرجوع فيه ، ولكن يجوز باعتباره تعبيراً عن إرادة – الطعن فيه للغلط أو التدليس أو الإكراه [٢٧] . ومع ذلك فان إقرار المدعى عليه بالإستلام للشيء وإضافته أنه ردها ، أو تسلمه واستعمله فيما خصصه له الدائن فان إقراره لا يجوز تجزئته لاتصال الوقائع بعضها بالبعض الآخر [٢٨] . أما إذا أقر المتهم بأنه تسلم مبلغ من النقود إلا أنه ربط ذلك بوجود حق دائنيه لا حق لصالحه على نحو ينقضى به الإلتزام بالمقاصة ، فانه يجوز تجزئة هذا الإقرار ، لكى يأخذ القاضى بشطره المتعلق بتسلم النقود كدليل على المتهم ورفض باقى الإقرار [٢٩] .

المبحث الثانى

تعليق على حكم لمحكمة جنح مستأنف مدينة نصر

فى ضوء ما سبق عرضه من المبادىء القانونية والأحكام القضائية نعرض الآن مثال صارخ فى هذا الصدد . الحكم الصادر من محكمة جنح مدينة نصر فى الجنحة رقم ٨٢٦٢ لسنة ١٩٨٩ التى رُفعت بطريق الإدعاء المباشر إلى هذه المحكمة استناداً على قيام المتهم باختلاس المنقولات الزوجية للمدعية بالحق المدنى لاستيلاء الزوج على قائمة منقولاتها وثبوت سبق وجود القائمة المكتوبة بشهادة الشهود .

وبعد إثبات طلب المدعية بالحق المدنى سماع شهود الإثبات بمحضر الجلسة الأولى والأخيرة أمام هذه المحكمة حجزتها للحكم وأصدرت حكمها كالآتى :

« بعد مطالعة الأوراق ...... المحكمة :

وحيث أن المادة ٣٤١ عقوبات أوردت عقود الأمانة على سبيل الحصر . وحيث أن الأوراق قد خلت من قائمة منقولات الزوجية التى تمثل فى هذه الدعوى عقد عارية الإستعمال مما يتعين معه القضاء ببراءة المتهم عملاً بالمادة ١/٣٠٤ أ.ج .

وحيث أن المحكمة انتهت ببراءة المتهم وأن التعويض المطالب به عن فعل غير قائم

فيتعيـن رفض الدعـوى المدنية .. » .

التعليق على هذا الحكم :

وإذا أردنا تقييم هذا الحكم فى ضوء المبادىء المستقرة فى التشريع والقضاء لوجدناه مشوباً بعيوب جسيمة تتمثل فى الآتى :

أولاً : الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله .

ثانياً : الإخلال بحق المدعية بالحق المدنى فى الإثبات والدفاع .

وذلك على النحو الآتى :

أولاً : الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله فى أمرين جوهريين .

إذا أنه ، وكما قررنا فيما عرضناه سلفاً ، قواعد الإثبات ، لا تتعلق بالنظام العام (٣٠) .

١٠ - وإذا ثبت من محضر الجلسة أن الحاضر عن المتهم لم يتمسك بعدم جواز إثبات الحق المدعى به بطريق شهادة الشهود .

٢ - وإذا كانت القاعدة الأصولية أنه لا يجوز للقاضى - وهو هنا قاضى فى الدعوى المدنية - أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، وأن القاضى إن هو إلا حكم فيما يختصم فيه الأطراف .

٣ - وإذ يعد سكوت المتهم أو من مثله فى الحضور تنازلاً ضمنياً عن لزوم الإثبات بالكتابة لذلك فلا مفر من أن يلتزم القاضى بطلب المدعية بالحق المدنى أو يرد عليه بما يدحضه وهو الأمر الذى لم يحدث ومن ثم يكون الحكم مشوباً بالقصور ومعيباً بالخطأ فى تطبيق القانون .

ثانياً : الإخلال بحق الدفاع :

إذ أنه ولو فرضنا جدلاً أن الدعوى قد خلت من العقد المكتوب ، فان عقد عارية الإستعمال فيما جرى عليه قضاء النقض القديم والحديث عقد رضائى وهو فى الأصل عقد مدنى « وأن قيام المانع الأدبى الذى من شأنه أن يحول دون الحصول على كتابة عند وجوبها فى الإثبات يجيز الإثبات بالبينة (٣١) والمحكمة لم تترك العقد ؟؟ هذا وإذا كان من المقرر أن للمحكمة أن تأخذ أو لا تأخذ بأقوال الشهود المسموعين بالدعوى ، إلا أن الأصل أن تبنى الأحكام على التحقيقات الشفوية التى تجريها من مواجهة المتهم وتسمع فيها الشهود مادام سماعهم ممكناً بل أن الأصل يقضى كما قررت محكمة النقض بأن « القانون يوجب سؤال الشاهد أولاً وعندئذ يحق للمحكمة أن تبرىء ما تراه فى شهادته (٣٢) ومن ثم فإن عدم سماع الشهود كطلب المدعى بالحق المدنى فيه إخلال بحقه فى الإثبات والدفاع يشوب الحكم معه بعيب الإخلال بحق الدفاع .

وهذا ما انتهت النيابة العامة لمحكمة استئناف مصر إلى تأييده بمذكرتها فى الإستئناف المرفوع منها ضد الحكم المذكور .

ثانياً : أما المحكمة الإستئنافية فقد مرت الدعوى أمامها بمرحلتين الأولى حيث أصدرت حكمها التمهيدى بالإستجابة لطلبات المدعى بالحق المدنى واستمعت فعلاً لشهود الإثبات والنفى وقدمت إليها المستندات التى تعد مبدأ ثبوت بالكتابة . إلا أنها وعلى عكس ما أدت إليه الأوراق والتحقيقات انتهت إلى إصدار حكمها على النحو الآتى :

حكمت المحكمة « بقبول ورفض وتأييد » ولم تقدم أسباب جديدة بل استندت فى حكمها المطبوع ، على أسباب حكم أول درجة ... وهو الأمر الذى يستحق التعليق :

إذ أنه فضلاً عن الخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة أحكام وقواعد الإثبات المبينة بالقسم الأول من هذه الدراسة والتى نحيل إليها منعاً للتكرار فقد جاء مشوباً بعيوب أخرى لا تقل جسامة أهمها على النحو الآتى :

إذ أن الحكم جاء مشوباً بالبطلان لعدم مراعاة التدليل بأسباب جديدة واستنادها على حكم أول درجة على الرغم من الخطأ فى تطبيق القانون الوارد فى هذا الحكم .

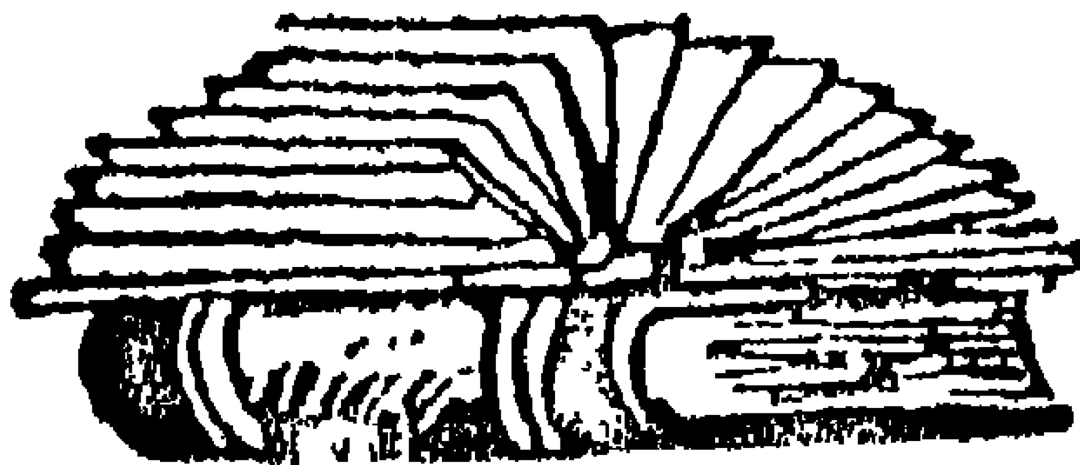
إذ أن الثابت بقضاء النقض أنه إذا كانت أسباب الحكم المستأنف غير سليمة وجب على المحكمة الإستئنافية أن تحرر أسباباً جديدة فإن لم تفعل وأيدته لأسبابه بطلب الحكم الإبتدائى والاستئنافى - تبعاً لـه - لاستناده إلى حكم لا وجود له قانوناً (٣٣) .

هذا فضلاً عن أن المحكمة قد قضت فى قضاء آخر لها بأنه إذا أجرت المحكمة الإستئنافية تحقيقاً كطلب الدفاع ، فليس لها أن تؤيد الحكم الإبتدائى لأسبابه ، دون أن ترد على هذا الدفاع الهام فى ملابساته التى استجدت وإلا كان هذا قصوراً منها يعيب الحكم (٣٤) . هذا فضلاً عن أن الثابت فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا خلا الحكم الإستئنافى من الأسباب التى استندت إليها المحكمة فى تأييد الحكم المستأنف فلم يأت بأسباب تؤدى إلى النتيجة التى صار إليها فأنه يكون باطلاً (٣٥) . هذا فضلاً عن أن القاضى مقيد فى أن يبين بحكمه أنه قد أحاط بأدلة الدعوى ووازنها وبشرط أن يكون لحكمه مأخذ صحيح من الأوراق يصح فى العقل أن يؤدى إلى ما اقتنع به (٣٦) .

أما عن باقى العيوب المتعلقة بكيفية الإثبات وشروطه فنحيل إلى ما سبق بيانه فى المبحث الأول .

وبذلك نكون قد عرضنا لنموذج عملى لما هو عليه العمل بالمحاكم مما استرعى انتباهنا واستلزم الإشارة إليه .

تم بحمد الله



هوامش

١ - أ . د . رؤوف عبيد . مبادىء الإجراءات الجنائية . فى القانون المصرى . ط. ١٥ سنة ١٩٨٣ . مطبعة الإستقلال الكبرى . ص ١٧١ .

٢ - نقض فى الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٤٨ ق.ج ١٩٧٩/١/٢١ س ٣٠ ص ١٣٠ .

٣ - نقض فى الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٨ ق.ج ١٩٥٨/١١/١٨ س ٩ ص ٩٣٩ .

٤ - دكتور على عوض حسنى . جريمة التبديد . طبعة ثانية . ١٩٨٨ ، دار الثقافة للطباعة والنشر . ص ١٦٢ - ١٦٣ .

٥ - أستاذنا الدكتور / محمود نجيب حسنى . شرح قانون العقوبات . القسم الخاص . النهضة العربية . ١٩٨٦ . ص ١١٥٦ . ويشير إلى الفقهاء الفرنسيين

Garçon, art, 408, n° 725, Garraud, VI, 2° 2659, P 500.

٦ - نقض ١٩٧٤/٢/٢٤ . مج أحكام محكمة النقض . س ٢٥ رقم ٤٠ ص ١٨٣ .

٧ - محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١١٥٩ .

٨ - نقض ١٩١٩/١١/١٥ . المجموعة الرسمية س ١٢ رقم ٢٨ ص ٤٨ .

٩ - Garçon, art, 408. 708

١٠ - دكتور عبدالعظيم مرسى وزير القسم الخاص فى قانون العقوبات . جرائم الأموال . دار النهضة العربية . ط ١٩٨٣ .

١١ ، ١٢ - نقض قديم ١٩٣١/١/٢٥ . مج القواعد القانونية ج ٢ . رقم ١٧٣ ص ٢٢٤ .

١٣ - نقض ١٩٤٠/٥/٢٧ مج القواعد القانونية . ج ٥ رقم ١١٤ ص ٢١٩ .

١٤ - نقض ١٩٤٤/٥/٢٩ مج القواعد القانونية ج ٦ رقم ٣٥٩ ص ٤٩٦ .

١٥ - نقض فى الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ١٩٧٦ . جلسة ١٩٧٦/١١/١ س ٢٧ ص ص ٨٣٥ . المكتب الفنى .

١٦ - نقض فى الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/١١ . مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد الجنائية السنة ٢٢ . العدد الثانى ص ٤٦٠ .

١٧ - راجع السنهورى . جـ ٢ رقم ١٩٠ ص ٣٦٢ .

١٨ - نقض ١٩٣٤/٤/١٩ . القواعد القانونية . جـ ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤٠ ، نقض ١٩٥٦/٢/٢٠ . مج أحكام النقض . س ٧ رقم ٦٢ ص ١٩٥ ، نقض ١٩٥٧/١١/١٨ س ٨ رقم ٢٤٩ ص ٩١٤ ، ونقض ١٩٦٤/٥/١٩ س ١٥ رقم ٨٣ ص ٤٢٦ .

١٩ - نقض ١٩٧٣/٤/٨ . مج أحكام النقض . س ٢٤ ق ١٠٣ ص ٤٩٩ .

هوامش

٢٠ - نقض ١٩٧٥/١/١٩ ، أحكام النقض س ٢٦ ق ١١ ص ٤٦ ، نقض ١٩٧٥/٥/١١ . أحكام النقض س ٢٦ ق ٩٤ ص ٤١٠ .

٢١ - أنظر . الأستاذ الدكتور . محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ١١٥٨ . والحكم التمهيدى للمحكمة الإستئنافية فى الجنحة رقم ٨٢٦٢ لسنة ١٩٨٩ والتعليق عليه فى المبحث التالى .

٢٢ - نقض ١٩٥٦/٢/٢٠ . مجموعة أحكام محكمة النقض . س ٧ رقم ٢٦ ص ١٩٥ . وفى نقض قديم نسبياً ، نقض ١٩٤٣/٤/١٩ . مج القواعد القانونية . جـ ٦ رقم ١٧١ ص ٢٤٠ . كما صدر حديثاً تأييداً لذلك . نقض ١٩٧٥/١٠/١٩ س ٢٦ رقم ١١ ص ٤٦ .

٢٣ - نقض ١٩٤٢/٥/١١ مج القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٤٠٥ ص ٦٦١ . ونقض ١٩٥٩/٦/٢٢ مج أحكام محكمة النقض س ١٠ رقم ١٤٥ ص ٦٥١ ونقض ١٩٧٠/٢/٢٢ س ٢١ رقم٦٧ ص ٢٧٢ .

٢٤ - نقض ١٩٤٠/٥/٢٧ مج القواعد القانونية جـ ٥ رقم ١١٤ ص ٢١٩ .

٢٥ - نقض ١٩٣١/٢/٥ مج القواعد القانونية جـ ٢ ق ١٧٩ ص ٢٣٧ .

٢٦ - أنظر أ . د . محمد محى الدين عوض . فقرة ١٦٣ ص ٢٢٤ وما بعدها .

٢٧ - الأستاذ الدكتور عبدالرازق السنهورى جـ ٢ رقم ٢٥٦ ص ٤٩٩ .

٢٨ - فى هذا المعنى . نقض قديم ١٩٣٣/٢/١ . مج القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٣٢٦ ص ٤٤٦ ، نقض ١٩٥١/١٠/٢١ مج أحكام محكمة النقض س ٣ رقم ٤٣ ص ١٠٥ .

٢٩ - فى هذا المعنى أ . د . عبدالرازق السنهوى المرجع السابق . رقم ٥٠٦ ص ٥٠٦ .

٣٠ - نقض فى الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٣٦ ق . جلسة ١٩٧١/٣/١١ . مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجنائية السنة ٢٢ العدد الثانى ص ٤٦٠ . والطعن رقم ١٤٦ س ٢٢ ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٥ . مج المكتب الفنى .

٣١ - طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٦ س ٧ ص ٦١ . منشور فى مجموعة الأحكام القانونية للهيئة العامة . الجزء الثالث سنة ١٩٦٨ .

٣٢ - طعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٢٧ ق . جلسة ١٩٥٨/٣/١٧ . س ٩ . ص ٢٩١ . المجموعة السابقة .

٣٣ - نقض جلسة ١٩٥٣/١/٢٦ - أحكام النقض - س ٤ . رقم ١٦١ . ص ٤٢١ ، ١٩٧٤/١/١٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ رقم ٩ ص ٤١ .

٣٤ - نقض ١٩٥٢/١٠/١٣ . مج أحكام النقض س ٤ رقم ٧ ص ١٤ .

٣٥ - نقض ١٩٥١/٥/٧ . أحكام النقض س ٢ رقم ٣٨٧ ص ٦٢ ، ١ ، ١٩٥٣/٦/٢٤ رقم ١٢١ س ٢٢ . ونقض ١٩٧٦/١/١٢ س ٢٧ رقم ١٢ ص ٦٣ .

٣٦ - نقض فى الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٢ س ٢٩ ص ٧١١ .

تظهير سند الشحن فى ضوء المادة ٢/٢٠٣
من قانون التجارة البحرى الجديد

دراسة فى أساليب تداول سند الشحن تداولا ناقلا للحقوق الثابتة وماهية هذه الحقوق

للسيد الأستاذ / طاهر حزين - المحامى بالنقض

مقدمة

نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٣ من مشروع قانون التجارة البحرى[١].

« يكون سند الشحن المحرر للأمر قابلا للتداول بالتظهير ، ويعتبر مجرد توقيع الحامل على ظهر السند بمثابة تظهير ناقل للملكية، وتسرى على هذا التظهير أحكام قانون التجارة ».

١ - يقرر هذا النص أحكاماً بمنطوقه ومفهومه .

ويستخلص من منطوق[٢] النص خمسة أحكام قانونية. يستفاد الحكمان الأولان بدلالة العبارة ، ويستفاد الحكمان الثالث والرابع بدلالة الإشارة، ويستفاد الأخير بدلالة الإقتضاء .

٢ - فمفاد دلالة العبارة[٣] أن سند الشحن يمكن تداوله بطريق التظهير ما دام محرراً للأمر . وهذا محض تطبيق القواعد العامة فى تداول المحررات الأذنية .

غير أن أهم ما أفادته دلالة العبارة لهذا النص هو أن التوقيع المجرد بظهر السند هو تظهير ناقل للملكية . فجاء هذا الحكم بخصوص تظهير سند الشحن على نقيض حكم التظهير الناقل للملكية فى المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة[٤] واللتان إشترطتا أن يتضمن التظهير البيانات الآتية ليكون تظهيراً تاماً ناقلا للملكية :

١ - توقيع المظهر أو خاتمه .
٢ - تاريخ التظهير .
٣ - وصول القيمة .
٤ - إسم المظهر إليه .
٥ - لفظ الإذن أو الأمر ، مقترنا بإسم المظهر إليه .

فإذا كان التظهير لا يتضمن هذه البيانات فهو تظهير غير تام جعل من قانون التجارة فى المادة ١٣٥ قرينة قانونية على أنه صدر بتوكيل المظهر إليه فى قبض قيمة الورقة أو إعادة تظهيرها .

وأما مشروع القانون التجارى البحرى فقد جاء - كما رأينا - بحكم جديد كل الجدة ، إذ أسقط عن التظهير كلية ، التام منه وغير التام ، مكنة نقل ملكية سند الشحن ، وجعل هذه المقدرة لمجرد التوقيع على بياض بظهر السند[٥] .

وبقراءة الحكمين المستفادين من عبارة نص المادة ٣/٢٠٣ من المشروع لوجدناهما يؤديان إلى النتيجة القائلة بأن تداول سند الشحن بالتظهير مقصود به التداول غير الناقل للملكية . فيكون تظهير سند الشحن التام منه أو الناقص تظهيراً إما للتوكيل أو للتأمين ليس غير . ويستحيل أن يكون ناقلاً للملكية إذ جعلت المادة هذه النتيجة متحققة

لا بالتظهير وبنوعيه وإنما بمجرد التوقيع على بياض بظهر سند الشحن . وهذا هو الحكم المستفاد من مفهوم مخالفة النص على ما سيأتي بعد .

ولا خلاف، بطبيعة الأمور ، حول الطبيعة المفسرة أو المكملة لهذه النصوص، فيجوز لأطراف العلاقة أن تتجه إرادتهم لغير هذا الأثر ، كالتوكيل بمجرد التوقيع بظهر السند أو التمليك بالتظهير التام أو الناقص .

ولا يقال لدحض هذا النظر أن عجز الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٣ قد أشار إلى سريان أحكام قانون التجارة بشأن التظهير وهو ما يفيد أن التظهير التام يحدث أثره بنقل ملكية البضاعة مشمول السند بينما التظهير غير التام يكون للتوكيل فقط.

لا يقال ذلك، لأن عبارة هذا العجز من الفقرة القائل : «وتسرى على هذا التظهير أحكام قانون التجارة» إنما تنصرف إلى التوقيع المجرد بظهر السند والذى وصفه المشروع بوصف مناف لواقعه بمقولة أنه تظهير.

وقرينة إنصراف هذه العبارة للتوقيع على بياض بظهر السند دون التظهير أن إسم الاشارة «هذا» المضاف لكلمة التظهير إنما يشير للتظهير القريب دون أن يشير للتظهير البعيد ، على خلاف إسم الإشارة «ذلك» أو «ذاك» فتكون عبارة «هذا التظهير» منصرفة إلى التوقيع المجرد على بياض الذى وصفه المشروع خطأ بأنه تظهير .

ومقتضى هذا التخريج أن التوقيع المجرد على بياض بظهر السند هو الذى تسرى عليه أحكام قانون التجارة من حيث أنه يصير إجراءاً ناقلاً للملكية ومطهراً من الدفوع، فضلا عن مكنة أن يملأ حامل السند المحول اليه على بياض البيانات التى تغير هذا التوقيع المجرد إلى تظهير تأمينى أو توكيلى على حسب الأحوال . فهذا هو المعنى المستفاد من الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥ من قانون التجارة .

وأما ما رتبه قانون التجارة من حكم تضامن الموقعين المظهرين للورقة التجارية فلا يسرى فى خصوص سند الشحن الذى تتحول ملكيته بالتوقيع على بياض، إذ يتداول السند والملكية بالمناولة، ولذلك فهو لا يحمل ، بداهة ، أسماء أى موقعين مظهرين يتضامنون بينهم .

٣ - ومفاد دلالة الإشارة(٦) ، من جهة أخرى ، أن سند الشحن ، فى منطق مشروع القانون الجديد ، هو سند ملكية . وهو حكم قانونى غاية فى الخطورة والأهمية .

ويتضح هذا الحكم من صياغة النص. فهو وإن سيق لمعنى معين يتعلق بحكم تظهير سند الشحن إلا أنه يفيد كذلك معنى آخر لم يكن النص ليقصده لذاته ، إلا أنه معنى لازم للمعنى الذى قصده النص وسيق من أجله . فهو معنى ملازم لمعنى أن يكون التوقيع المجرد إجراءاً ناقلا للملكية ، ويحتاج إدراكه لقدر من التأمل .

فمتى كان النص يتناول تداول السند متى يكون ناقلا للملكية ومتى لا يكون كذلك، فإن المعنى الملازم لهذا السياق هو أن السند سند ملكية عند واضع المشروع ، وأن هذه الملكية يمكن أن تنتقل من شخص لآخر بالتوقيع المجرد بظهر السند والمناولة ، ويمكن أن يوكل للتصرف فيها بالتظهير بنوعيه التام وغير

التام أو يكون تظهيرها للتأمين .

ولا مراء أن المشروع إذ يقرر هذه القاعدة فقد أغفل التباين الهائل القائم بين سندات الشحن وبين الأوراق التجارية التي استخدم المشرع التجاري في المادة ١٣٣ بشأن نقل الحقوق الثابتة فيها مصطلح نقل الملكية . فالقطع بأن سند الشحن هو سند ملكية أو القطع بأنه مجرد سند بحيازة البضائع لأمر بالغ الخطورة وتتنازعه المذاهب القانونية المختلفة ، وهو في ظل المدرسة القانونية السائدة في مصر محفوفة بكثير من المحاذير يحيطها جو أثيري ملبد بالغيوم بما لا يكفي معه أن يتبنى القانون هذا الاتجاه بحكم يستفاد بدلالة الإشارة المستخلصة من نص يتيم ، وإنما يتعين أن يحيطه ببناء محكم من القواعد التفصيلية ، بعد أن يقتلها بحثاً من حيث المبدأ، بحثاً متعمقاً مستنيراً يمتد إلى ما يتصل بسند الشحن من جوانب عديدة في القانون البحري .

وأما الموقف الحالي ، وقد تبنى المشرع الفكرة القائلة بأن سند الشحن هو سند ملكية، فهو موقف واه مزعزع الأركان سقيم البنيان .

ومما أفادته دلالة إشارة النص، كذلك، بخلاف الحكم القائل بأن سند الشحن هو سند ملكية ، ما يشير إليه النص من أن التوقيع المجرد على بياض بظهر سند الشحن إنما هو من أنواع التظهير غير التام . فجاءت صياغته على أن: «يعتبر مجرد توقيع الحامل على ظهر السند بمثابة تظهير .....».

وهذه القاعدة، وإن كانت سائدة، فهي فاسدة .

فالتوقيع المجرد على بياض بظهر السند ، أو الورقة التجارية، ليس نوعا من أنواع التظهير ولا يمت لجنس التظهير ، وإنما هو بيان يفضي إلى تغيير شكل المحرر للأمر فيجعله بمثابة محررا لحامله .

من أجل ذلك قلنا آنفا أن المشروع قصر أساليب نقل ملكية السند على أسلوب وحيد هو التوقيع المجرد بظهر السند ومناولته، وأما التظهير، فهو جنس آخر ذو طبيعة مغايرة للتوقيع المجرد . وهو بكافة أنواعه لا يؤدي إلى نقل ملكية الحقوق الثابتة بالسند طبقا لنص المادة ٣/٢٠٣ من مشروع القانون التجاري البحري .

٤ - ومفاد دلالة إقتضاء النص[٧] أن التوقيع على بياض بظهر السند يقتضي ، ليتمم الوظيفة المنوط به وهي نقل الملكية، أن تجري مناولة السند. فيدفع به حامله الذي أجرى التوقيع ويسلمه لحامل جديد ، وبذلك تنتقل ملكية الحقوق الثابتة بالسند . وبغير هذه المناولة فإن التوقيع المجرد بظهر السند لا يغني ولا يؤدي إلى نقل الملكية . ومن ثم فقد ثبتت المناولة بدلالة إقتضاء النص ، إذ التوقيع على بياض بظهر السند يقتضي أن تتبعه مناولة حتى يرتب أثره المنصوص عليه قانونا وهو نقل الملكية . فالمناولة يتوقف عليها صحة أن التوقيع المجرد بظهر السند ناقل للملكية قانونا .

٥ - ويستخلص من مفهوم[٨] مخالفة[٩] النص أن الطريقة الوحيدة التي يمكن بمقتضاها نقل ملكية سند الشحن الإذني هي التوقيع على بياض بظهر السند .

وبيان ذلك التسليم ، إبتداءاً ، بالفارق الفني الدقيق

بين التوقيع على بياض بظهر السند بإعتباره وسيلة من وسائل تداوله وبين التظهير بمعناه المتعارف عليه وهو تحرير بيانات معينة بظهر السند فيكون تاما أو يتخلف بعضها فيكون غير تام .

فالفرق بين التوقيع المجرد وبين التظهير جذرى. فكل منهما جنس مختلف عن الآخر لا يجمعهما إلا أنهما وسيلتان لتداول السند. لذلك فإن إصطلاح التظهير بالمعنى المتعارف عليه لا يطابق التوقيع المجرد ولا يشتمل عليه. فللتظهير مفهومه وللتوقيع المجرد مفهومه المغاير .

فمتى كان ذلك ، فإن المشروع إذ يطلق على التوقيع المجرد لفظ التظهير، كما هو الحال فى المادة ٢٠٣/٣ فإنه يكون قد جانبه الصواب، لأن التوقيع المجرد ليس تظهيراً. من أجل ذلك تعين تأويل لفظ تظهير المنسوب للتوقيع المجرد بما يؤدى للقول بأنها كلمة تحمل معنى إصطلاحيا مغايرا لمعناها السائد ، وذلك فى خصوص الحالة التى إقترنت فيها بالتوقيع المجرد فى هذا النص .

ومن ثم يكون المشروع قد أعطى التوقيع المجرد لقباً أو مصطلحاً خاصا به هو مصطلح التظهير، مع التسليم بأن مفهوم هذا المصطلح يختلف عن مفهوم التظهير المتعارف عليه ، والذى يشير إليه المشروع فى صدر نفس الفقرة .

فالفقرة ٣ من المادة ٢٠٣ من المشروع تحمل لفظ التظهير فى صدر الفقرة وفى وسطها. ولكل منهما مفهوما خاصا به يمثله .

فإذا جاء المشروع وعلق حكم نقل ملكية الحقوق الثابتة فى السند باللفظ فى مفهومه الثانى ، فإن هذا التعليق يتقيد بهذا اللفظ كإسم جامد(١٠) لمصطلح ذى مفهوم معين لا يمتد للمصطلح الآخر ذى المفهوم السائد . وطبقا للنص فإن نقل الملكية قد تعلق بالتوقيع المجرد وارتبط به بمفهوم اللقب الذى أطلقه عليه المشروع وهو التظهير .

وإعمالا لقواعد مفهوم المخالفة فإن الحكم القانونى إذا تقيد بإسم جامد معين ، أى بلقب أو مصطلح قانونى معين ، فإن تخلف هذا القيد ، أى الإسم الجامد أو اللقب بمصطلح، يؤدى لنفى إعمال الحكم .

وتطبيقا لذلك فإن نقل ملكية السند بتداوله إذ تقيد بلفظ التظهير ، بمعناه الخاص الوارد فى الفقرة ٣ من المادة ٢٠٣، وهو التوقيع المجرد على بياض بظهر السند، فإن تخلف هذا القيد، أى تخلف التظهير بمعناه الخاص المذكور وهو التوقيع المجرد، عند تداول السند، يؤدى إلى نفى إنتقال الملكية .

٦ - نخلص مما سبق جميعه أن مشروع القانون الجديد قد تبنى الفكرة القائلة بأن سند الشحن هو سند ملكية. ومن جهة أخرى فإن السند لا يجوز تداوله تداولاً ناقلا لملكية مشموله إلا بطريق التوقيع على بياض بظهر السند مع مناولته للحامل الجديد .

٧ - وظاهر الأمر أن هذا النص يتصل بنسب صحيح إلى جدل فقهى ثار عقب قضاء لمحكمة النقض المصرية بشأن تظهير سند الشحن تظهيراً ناقلا للملكية. كيف يكون. إذ قعدت محكمة النقض فى قضاء حكمها فى الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق بجلسة

٢٣/٥/١٩٦٣ لمبدأين :

المبدأ الأول يتصل بطبيعة سند الشحن من أنه سند ملكية .

والمبدأ الثانى يتصل بتظهير سند الشحن تظهيرا ناقلا للملكية فأعملت بصدده حكم المادة ١٣٤ من قانون التجارة ، وتطلبت، من ثم ، أن تتوافر فى تظهير سند الشحن البيانات اللازمة للتظهير التام للأوراق التجارية، حتى يتسنى القول بنقل ملكية الحقوق الثابتة بالسند للمظهر اليه . وأما التوقيع المجرد بظهر السند فللتوكيل .

قالت المحكمة فى حكمها إذ أرست به المبدأين السالفين :

لا تنتقل ملكية الحق الثابت بسند الشحن الإذنى إلى المظهر إليه إلا بالتظهير التام عملا بالمادة ١٣٤ من قانون التجارة. أما إذا كان تظهير السند على بياض أعتبر بمثابة توكيل للمظهر إليه فى تسليم البضاعة ولا يخوله حقا مستقلا عن حقوق موكله المظهر[١١] .

وإذ أرادت محكمة النقض توكيد المبدأ الثانى ، الخاص بالتظهير، فقد بلغت غايتها بأقوى صيغة يمكن أن تحملها اللغة . فبدأت بنفى مكنة نقل الحق الثابت فى سند الشحن بإطلاق، ثم قيدت هذا الإطلاق بإستثناء وحيد، وهو أن يكون التظهير تاما طبقا للمادة ١٣٤ من قانون التجارة .

فنفت مكنة الفصل عن جنس التظهير قاطبة، ثم إستثنت نوعاً منه وهو التظهير التام[١٢] .

إلا أن المحكمة حينما أشارت للتوقيع المجرد على بياض، وقد اعتبرته للتوكيل، أشارت إلى أنه من أنواع التظهير ، فسنت بذلك السنة التى تأسى بها المشروع بأن عدّ التوقيع المجرد تظهيراً.

كما أن الصياغة الصارمة التى وضعت بها المحكمة مبدأ التظهير التام بإعتباره الوسيلة الوحيدة لنقل ملكية الحقوق الثابتة بالسند أدت إلى القول بإنسحاب حكم التوقيع على بياض بظهر السند بأنه توكيل، أدت لإنسحابه على سائر أنواع التظهير غير التام .

ثم أن محكمة النقض ، فى قضاء لاحق بخصوص أحكام تظهير الشيك، إنتهت إلى إختلاف طبيعته عن طبيعة الكمبيالة، ومن ثم فلم تر محلاً لتطبيق أحكام المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة على تظهير الشيك. وذهبت المحكمة إلى أن ثمة عرفا تجاريا استقر فى محيط المتعاملين بالشيك مفاده أن التوقيع على بياض يعتبر تظهيراً ناقلا لملكية الحق الثابت فى الشيك، فوجب إعمال حكمه دون المادتين المذكورتين[١٣] .

وإمتطى الفقه صهوة هذا الحكم الأخير، ووجه سهام نقده للحكم الأول الخاص بتظهير سند الشحن وأسس نقده على مقولة بأن سند الشحن تختلف طبيعته أيضا عن طبيعة الكمبيالة، فكان أولى بالمحكمة أن تعمل الأحكام التى أرستها بالنسبة للشيك على سن الشحن . وأثبت هذا الفقه أن ثمة عرفا بحرياً جرى بنقل الحق الثابت فى سند الشحن بمجرد التوقيع على بياض بظهر السند، وقال بأن هذا العرف هو الأولى بالاتباع دون نصوص قانون التجارة .

وإذا كان هذا الفريق من ثقات علماء القانون قد واجه مذهب محكمة النقض هذه المواجهة الصلبة التى شايعه

فيها جمهور الفقهاء ، إلا أنه مر مرور الكرام بالمبدأ الثانى الذى أرسته المحكمة فى ذات الحكم عندما عرضت للتظهير الناقل للملكية ، تقريرا لقاعدة أن سند الشحن سند ملكية . فهذا النفر من الفقهاء الذين تصدوا لمناقشة الحكم لم يجادلوا إطلاقا فى هذا المبدأ الثانى .

وهكذا أخذ حكما محكمة النقض، الأول الخاص بتظهير سند الشحن تظهيرا ناقلا للملكية باعمال مواد قانون التجارة، مع التسليم بالسند كسند ملكية. والثانى الحكم الخاص بإقرار عرف خاص يحكم تظهير الشيك، مع إستبعاد اعمال قانون التجارة فى شأنه، أخذا طريقهما بما حوياه وما أحاط بهما من جدل فقهى إلى حيث واضع المشروع الجديد لقانون التجارة البحرى. وانتهى الأمر بهذا المشروع إلى أن تبنى إتجاه الفقهاء المؤيد لأعمال المبادىء التى أرستها المحكمة بخصوص تظهير الشيك، فاستبعدت نصوص قانون التجارة وقننت قاعدة جديدة مقتضاها أن التوقيع على بياض بظهر السند يكفى وحده لنقل الحقوق الثابتة فيه.

واستبعد بذلك مذهب محكمة النقض فى هذا الخصوص .

إلا أن المشروع أخذ بالمبدأ الثانى الذى أرسته محكمة النقض فى حكمها الأول الخاص بتظهير سند الشحن وانتهى بأن أثبت لسند الشحن طبيعة معينة وهو أنه سند ملكية .

والواقع أن الفقه والقضاء فى مصر لم يقطعا يوما برأى فى خصوص طبيعة سند الشحن . فتارة السند سند تمليك ، وتارة أخرى هو ممثل للبضاعة ويقوم مقامها، فى حين أن كل من وجهتى النظر تختلف جذريا عن الأخرى وتنتمى كل منهما لمدرسة قانونية مختلفة عن أختها .

إن المدرسة القانونية الأنجلوسكسونية إذ ترفع لواء فكرة أن السند سند ملكية، إنما تسندها لحقائق ثابتة فى فقهها القانونى تفضى إلى نتائج عملية تتفق وما إنتهت اليه مدرسة القانون المدنى، التى تمسكت بالحقائق القانونية الخاصة بها. وما كانت مدرسة القانون المدنى، فى ضوء فقهها القانونى، لتصل إلى نتائجه عملية معقولة لو أنها أعملت قاعدة أن سند الشحن سند ملكية .

وحيث أن مصر هى من أسرة مدرسة القانون المدنى، فقد كان حريا بها تتجنب إقتباس فكرة أن سند الشحن سند ملكية على إطلاقها. إذ مفهوم هذه القاعدة أن ملكية البضائع المنقولة بحرا تثبت للحامل الشرعى السند. وحيث أن إطلاق هذه القاعدة يناقض قواعد البيوع البحرية المستقرة ، والقواعد العامة لعقد البيع وتسليم المبيع وتبعة الهلاك ، هذا بخلاف العلاقات التى تنشأ بين المنتج والموزع والتى تقتضى شحن البضائع للأخير لتوزيعها نيابة عن الأول ، فضلا عن أحكام التظهير للبنوك كضمان للتسهيلات المختلفة التى تمنحها هذه الهيئات للتجارة الدولية .

٨ - تأسيساً على جميع ما تقدم ، فسوف نتناول فيما يلى طبيعة سند الشحن وما إذا كان سند ملكية أم سند حيازة ، ومفهوم هذه القاعدة وتلك فى المدرستين القانونيتين الأنجلوسكسونية والقارية، وذلك لإلقاء الضوء على المشكلة التى إستحدثت فى

مصر بموجب نص المادة ٣/٢٠٣ من مشروع القانون البحرى .

ثم يلى ذلك أن نتناول قواعد تظهير سند الشحن من حيث أثره الناقل للحقوق الثابتة فى السند.

ويحدونا فى هذه الدراسة المبادىء التى قررتها محكمة النقض المصرية فى حكميها سالفى البيان رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق ورقم ٤٤٨ لسنة ٣٠ ق وما ثار حولهما من جدل فقهى إنتهى إلى ما بلورته بالمادة ٣/٢٠٣ من مشروع القانون الجديد.

وسوف نقسم هذه الدراسة، فيما يلى، إلى قسمين، يختص الأول بفكرة أن سند الشحن سند ملكية، وذلك فى ضوء طبيعة السند فى تصور المدرستين القانونيتين الأنجلوسكسونية واللاتينية، فنخصص لكل منهما فصلا.

ثم نتناول فى القسم الثانى تظهير سند الشحن، فنناقش الجذور التى بدأ عندها الفكر الجديد فى خصوص التظهير على بياض الناقل للحقوق، وما أثير بشأنه من جدل قانونى، ومدى سلامة النتائج المفضى إليها ، ثم نناقش فكرة التظهير على بياض فنحللها إلى أصولها القانونية، وعلاقتها بالتظهير.

ثم نخلص فى النهاية إلى خلاصة للبحث، تبين سواد الإضطراب المفعم بالغموض واللبس وأثره السىء على الممارسة العملية .

ويتضح بذلك ، أن هذا البحث لا يرمى إلى وضع حلول لمشاكل قانونية قائمة، وإنما هو يرمى إلى تحقيق مناط هذه المشاكل وإجلائها توطئة لما عسى أن تناله من عناية ودقة فى قابل الأيام .

القسم الأول
سند الشحن كسند ملكية
بين المدرسة الأنجلوسكسونية ومدرسة القانون المدنى والوضع فى مصر

٩ - لعل ذيوع فكرة أن سند الشحن هو سند ملكية راجع إلى ما للقوانين البحرية الإنجليزية من غلبة وإنتشار فى عالم التجارة البحرية . إذ نشأت هذه الفكرة وترعرعت فى كنف الشريعة الأنجلوسكسونية .

أما فى مصر، فلم يسبق لمحكمة النقض المصرية الإدلاء بقول فى المسألة قبل الحكم الصادر فى الطعن رقم ٣٦٦ للسنة ٢٧ ق الصادر بجلسة ١٩٦٣/٥/٢٣. ولئن كانت محكمة النقض قد إستندت، فى حكمها المذكور ، إلى أحكام المواد ١٣٣ وما بعدها من قانون التجارة ، أما باعتبارها نصوصا تتسع لتشمل سندات الشحن وإما لأن حكمها ينسحب على هذه السندات بطريق القياس، غير أن هذا الاستناد، فى تقديرنا، ليس إلا محاولة لتأصيل مقولة شائعة فى عالم التجارة البحرية تأصيلا قانونيا ، وعلى إستحياء ، فجاء التأصيل بدلالة إشارة منطوق الأحكام المذكورة .

ولكن الفقه فى مصر ظل دائما وفيا للفكرة اللاتينية الجرمانية القائلة بأن سند الشحن لا يعدو أن يكون ممثلاً للبضاعة قائما مقامها، ولم ينتصر للقول بأن السند سند ملكية اللهم إلا عرضا فى مباحث التظهير.

ولعله مما يثير بعض التساؤل أن محكمة النقض المصرية ذهبت فى بعض أحكامها إلى أن سند الشحن

يمثل البضاعة مشموله ويقوم مقامها ، فجمعت بذلك بين فكرتين متباينتين، الأولى أن السند سند ملكية. والأخرى أنه ممثل للبضاعة .

والرأى الذى نذهب إليه أن كلا من الفكرتين تنتمى إلى أصولها القانونية ذات المفاهيم المختلفة عن الأصول القانونية للأخرى وأن الجمع بينهما محفوف بالخطر، نظريا وعمليا .

ولذلك سوف نتناول فى هذا القسم، مركز السند كسند ملكية فى الشريعة الأنجلوسكسونية، ثم التصور اللاتينى للسند ورؤياه لفكرة أنه سند ممثل للبضاعة وقائم مقامها. فى فصل أول. ويعقب ذلك فى فصل ثان إستقراء للوضع فى مصر وصولاً لما إنتهى إليه المشروع الجديد للقانون البحرى فى المادة ٣/٢٠٣.

الفصل الأول
سند الشحن كسند ملكية فى الشريعة الأنجلوسكسونية وفى مدرسة القانون المدنى

أولا : الشريعة الأنجلوسكسونية :

١٠ - يؤدى سند الشحن وظائف ثلاثة، فى ظل القوانين الإنجليزية : .

* فهو دليل على عقد النقل وأحكامه .

* وهو إيصال دال على إستلام الناقل للبضاعة وشحنها .

* وهو دليل على الملكية ، أو هو سند ملكية .(١٤) .

١١ - ويسلم فقه هذه الشريعة، إبتداءاً، بأن سند الشحن يمثل البضاعة، وأن حائز السند هو ، فى القانون، حائز للبضاعة(١٥). .

ولكن فقه هذه المدرسة إذ ينطلق عن هذا الأساس المسلم به، فإنه ينتهى إلى أن السند سند ملكية، ومرجع ذلك أن هذا الفقه يفترض دائما أن السند قد صدر لمناسبة بيع بحرى تنتقل البضاعة بمقتضاه من البائع للمشترى(١٦). وقد يرى الباحث من مدرسة القانون المدنى أن وضع القواعد وإرساء المبادىء القانونية لا ينبغى أن يؤسس على افتراضات ظنية قد تتحقق، فتصدق القاعدة، أو تختلف ، فتصبح القاعدة على غير أساس من القانون سليم . وهو ما يجعل النسيج القانونى للفكرة، فى ظن هذا الباحث، أو هى من بيت العنكبوت .

ولعل هذا الظن راجع إلى أن كينونة سند الشحن سند للملكية إنما تعنى، فى مدرسة القانون المدنى ، أن ملكية البضاعة مشمول السند تثبت لحامله الشرعى المبين إسمه به دون حاجة للبحث فى إفتراضات بربط هذه الملكية بعقد بيع أو عقد ناقل للملكية. فالسند كاف وضرورى لإثبات الملكية لحامله ، طبقا للقاعدة. بمعنى أن مجرد وجود سند شحن يحمل إسم شخص معين صادر هذا السند لأمره ، يقيم قرينة قانونية على أن البضاعة مشمول السند مملوكة لهذا الشخص. إلا أن الفكرة فى الشريعة الأنجلوسكسونية ليست كذلك. وليس الربط بين القاعدة وبين القول بوجود عقد ناقل للملكية هو بناء لقاعدة قانونية على إفتراضات ظنية توهن من مصداقية القاعدة . وإنما الواقع أن سند الشحن حينما يكون سند ملكية فى الشريعة الأنجلوسكسونية فإن ذلك معلق على شرط وهو أن يكون إصدار السند أو طرحه للتداول بمناسبة عقد ناقل للملكية ، وغالبا ما يكون عقد بيع . فإذا تخلف هذا الشرط، فإن سند الشحن لا يصبح بذلك

سند ملكية فى الشريعة الانجليزية .

ولبيان ذلك تفصيل.

١٢ - فيقول اللورد شورلى[١٧] :

(... The holder of a bill of lading, although he aquired it bona fide and for value, cannot aquire a right not possessed by his predecessor in title, who indorsed the document...)

ويعنينا من هذا البيان أن اللورد شورلى يثبت أهمية أن يكون حامل السند قد ناله نظير مقابل من قيمة معينة، وبالرغم من ذلك لا يمكنه أن يطالب بأن ينتقل إليه حق الملكية بينما لم يكن هذا الحق ثابتاً لخلفه الذى ظهر له السند .

ويؤكد على هذه القاعدة فيقول[١٨] :

(A bill of lading is not..... a negotiable instrument which passes by mere delivery to a bona fide transferee for valuble consideration without regard to the titles to the parties who make the transfer).

ونكرر الملاحظة فى هذا الخصوص على أن اللورد شورلى ذكر بخصوص السند أمرين، الأول أن السند يتحول للحامل الجديد فى مقابل الوفاء بالوعد[١٩]. والآخر أنه ينقل الملكية من حامل مالك البضاعة مشمول السند أصلا إلى الحامل الجديد .

وكلا الأمرين يؤكد الآخر . فسند الشحن حينما يكون سند ملكية لا يكون إلا ومعه مقابل الوفاء بالوعد .

ومقابل الوفاء بالوعد هو ركن فى العقد الرضائى المنطو على صفقة[٢٠] .

ونلاحظ إشارة اللورد شورلى إلى أن مقابل الوفاء بالوعد قيمى. Valuable Consideration[21].

فمتى كان ذلك، وكان سند الشحن بما يمثله من البضاعة مشموله، هو عنصر فى صفقة، وأن مقابله هو قيمة معينة، فإن السند فى عرف القانون الإنجليزى لا يكون سنداً للملكية إلا لمناسبة معاوضة أو بالتحديد بيع .

وتأسيسا على هذا النظر، يمكن إستخلاص ما يلى :

١ - أن سند الشحن المتخذ دليلا على الملكية هو الذى يكون بمناسبة صفقة، هى فى العمل عقد بيع .

٢ - يستتبع ذلك أن يقدم أحد طرفى الصفقة السند ومشموله من البضائع مقابل قيمة يقدمها له الطرف الآخر .

٣ - أن مفهوم البيع يقتضى أن يكون البائع - أحد طرفى الصفقة - مالكا أصلا للبضاعة مشمول السند .

وهذه الملكية سابقة على إنشاء السند ولها أسبابها المستقلة عنه. فملكية البائع لا تتعلق بالسند ولا يقوم السند دليلاً عليها. ولذلك يقول إيفامى :

(The bill of lading must have been put in circulation by one who had a good title of the goods).[22]

فيجب أن يكون هذا الذى يطرح سند الشحن للتداول مالكا للبضاعة مشموله أصلا .

١٣ - ولكن هذه الجزئية تقودنا إلى نقطة أخرى ذات أهمية بالغة .

وهى أن سند الشحن ليس دليلا على الملكية منذ لحظة إصداره عن الناقل. بل هو دليل على الملكية منذ لحظة طرحه للتداول. أى منذ لحظة تقديمه للمرسل اليه الصادر

السند لإذنه، أو منذ لحظة تقديمه مظهرا للمظهر إليه .

وبيان ذلك أن الربان إذا أصدر السند بإسم الشاحن، فإنه لن يكون دالاً على ملكية هذا الأخير للبضاعة لأنه كان يملكها سلفاً وقبل إصدار السند.

كذلك إذا صدر لأمر المرسل إليه إلا أن الشاحن إحتفظ به لديه لأسباب متفق عليها أو لحاجة بنفسه، فإنه لا يصير دليلا على الملكية ما دام ما يزال بيد الشاحن .

والشاحن كما رأينا آنفا هو بائع لبضاعة فى مقابل قيمة معينة هى الثمن . فقام بشحنها تنفيذا لعقد البيع وإستصدر السند دليلا على تسليم الربان البضاعة. وحتى هذه اللحظة فالسند ليس دليلاً على الملكية .

ولكن بمجرد طرح السند للتداول ، أى بمجرد تقديمه للمرسل اليه الصادر لأمره أو تقديمه مظهراً للمظهر إليه ، يصبح السند، فى هذه اللحظة فقط، سند ملكية بالنسبة لحامله المرسل اليه أو المظهر اليه .

وهنا نتذكر مقولة إيفامى السابقة[٢٣]، والتى ذكرها فى معرض بيانه فى شروط سند الشحن الناقل للملكية[٢٤] .

فمتى كان ما تقدم فإن سند الشحن لا يصير سنداً للملكية إلا عند طرحه للتداول وبخصوص صفقة بيعة معينة .

ومن ثم فإن سندات الشحن لا تكون دليلاً على الملكية فى الحالات الآتية :

١ - السندات غير المرتبطة بعقود تتحول الملكية بمقتضاها لحامل السند الجديد لا تكون سندات ملكية .

ولذلك فإن البضاعة المشحونة من المنتج إلى الموزع لمنتجاته فى بلد آخر ، وتصدر سندات الشحن لمناسبة ذلك لأمر المرسل إليه الموزع، فإن هذه السندات لا تكون دليلاً على الملكية.

كذلك البضاعة المشحونة بحراً المرسلة لمستأجرها، فإن سند الشحن الصادر بإسمه لا يكون سند ملكية .

وفى البيوع التى تتم بموجب إعتمادات مستندية فإن التظهير للبنك وكيل المشترى المرسل إليه لا يجعل من سند الشحن سنداً لملكية البنك للبضاعة ، فالتظهير للبنك لم يكن وليد بيع فيما بين الشاحن والبنك ، وإنما هو وليد وكالة مقررة للبنك عن المرسل إليه[٢٥] .

٢ - السندات الصادرة لأمر الشاحن، لا تكون دليلاً على الملكية حتى يطرحها هذا للتداول بتظهيرها وتسليمها للمظهر إليه.

٣ - السندات الصادرة لأمر المرسل اليه لا تكون دليلاً على الملكية حتى تسلم للمرسل إليه، أى تطرح للتداول .

- وخلاصة ما تقدم ، أن سند الشحن لا يكون سند ملكية طبقا للشريعة الإنجليزية ما لم يتوافر فى شأنه الشروط الآتية :

١ - أن يكون صادرا لمناسبة عقد بيع .

٢ - أن يكون البائع مالكا لمشمول السند أصلا[٢٦] .

٣ - أن يطرح السند للتداول .

٤ - وبالرغم من القاعدة السابقة ، فإن القانون الإنجليزى يتصور سندات شحن صادرة لمناسبة عقد بيع يطرحها للتداول مالك البضاعة المشحونة، ومع ذلك لا تنهض

دليلاً على ملكية البضاعة مشمول السند .

فتنص المادة الأولى من قانون سندات الشحن الصادر سنة ١٨٥٥ على أن حامل سند الشحن لا يحق له أن يمثل أمام القضاء مدعيا أو مدعى عليه عن الحقوق والإلتزامات الناشئة عن سند الشحن ما لم تكن ملكية البضاعة مشمول السند المعنى قد إنتقلت إلى ذلك الحامل بناء على أو بسبب إصدار سند الشحن بإسمه أو تظهيره إليه[٢٧]. وهو ما يعنى أن هذا القانون يتصور مكنة نقل ملكية البضاعة مشمول السند بغير تظهير السند أو طرحه للتداول ، وإنما بموجب عقد سابق على ذلك ، يصدر السند أو يظهر تنفيذاً له[٢٨] .

ومفاد ذلك أن سند الشحن، بالرغم من صدوره طبقا للشروط السابقة، فإنه لا يكون دليلاً على الملكية إذا كانت هذه الملكية قد تحولت للمالك الجديد بموجب عقد سابق على تظهير السند لهذا المالك ، أو يكون التظهير قد صدر بناء على ذلك العقد الذى حوّل الملكية .

١٥ – وقد تتحول الملكية لسبب غير العقد وغير التظهير، ومثال ذلك حالة بيع جزء من شحنة بحرية محمولة صباً، سواء أكانت شحنة صب سائل أم صب جاف، وذلك بناء على المادة السادسة عشر من قانون بيع البضائع الصادر سنة ١٩٧٩[٢٩] الذى نص على أن هذه البضاعة المباعة غير المفرزة أو غير المخصصة لا تنتقل ملكيتها إلا عند تخصيصها أو فرزها .

ويقول طود بأن هذه القاعد مطلقة Absolute ، بمعنى أنها غير قابلة للنقض، وأنه بناء عليها فإن البضائع الصب غير المفرزة تنتقل ملكيتها عند تسليمها فى ميناء الوصول[٣٠] .

وتأسيسا على ذلك فإن تظهير سند الشحن من البائع للمشترى فى شأن صفقة بترول صب غير مفرزة لا ينقل الملكية للمشترى، وإنما يتعين أن تصل السفينة لميناء ويبدأ تفريغ الكمينة مشمول السند، وهنا فقط يتم التخصيص والفرز فتنتقل الملكية .

١٦ – وأخيرا فقد صدر قانون بيع البضائع لسنة ١٩٧٩ متضمنا المادة ١٧ التى نصت على القاعدة العامة فى خصوص نقل ملكية البضائع المباعة محددة بالذات أو بضاعة مفرزة من نوع معين[٣١] فإن نقل الملكية سيكون وفقا لإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، ولتحديد الإرادة الضمنية ينظر لنصوص العقد وسلوكهما وظروف الموضوع .

وإزاء هذه المادة لم يعد القاعدة القائلة بأن سند الشحن هو سند الملكية إلا مجالا ضيقا فى التطبيق.

فإذا اتجهت الارادة الصريحة لنقل الملكية فى وقت معين فيعمل بمقتضى هذه الإرادة أيا كان الحامل لسند الشحن، فلو اتفق المتعاقدان على البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بحق الملكية للبائع، فإن تظهير سندات الشحن للمشترى لا يرتب أى أثر.

وقد استنبط القضاء جملة قرائن قضائية على أن نية المتعاقدين الضمنية قد اتجهت إلى نقل الملكية فى وقت محدد دون إعتبار لسند الشحن .

وأول هذه القرائن أن عدم سداد الثمن أو تأخيره قرينة على إحتفاظ البائع للملكية[٣٢] :

كما أن البيع سيف لا ينقل الملكية ما لم يكن الثمن قد تم تسديده[٣٣]. ويقول G. H. Treitel في شرح هذه المسألة عند تعليقه على قضية The Delfini[٢١] « نقل الملكية تحت العقود سيف تتم، عامة، عند تحويل المستندات بما فيها سند الشحن، مقابل سداد الثمن. وتنتقل الملكية فقط عند هذه النقطة، ليس بسبب قاعدة قانونية تجرى هذا الأثر ، ولكن بسبب قرينة على نية المتعاقدين ، وخاصة نية البائع، إذ يقدر أنه أراد الإحتفاظ بالملكية حتى تحصيل ثمن البضاعة من باب التأمين على هذا التحصيل .

وفى قرينة أخرى قرر القضاء بأن الاتفاق على تأجيل سداد الثمن مع إحتفاظ البائع بسندات الشحن لا يعنى أن البائع أراد الإحتفاظ بالملكية ، إذا كان الإحتفاظ بالسندات من مقتضيات تيسير تسويق هذا النوع من البضائع[٣٥] .

١٧ - وقد أضاف المشرع قرينتين بسيطتين فى المادة ١٩ من قانون بيع البضائع ١٩٧٩.

الأولى أن تعليق البائع - فى عقد البيع - تسليم البضاعة على شرط، ينهض قرينة على عدم إنتقال الملكية للمشترى إلا عند تحقق الشرط. والثانية أنه إذا شحنت البضائع وصدر سند الشحن لأمر البائع فهذه قرينة على أن البائع أراد الإحتفاظ بالملكية .

غير أن هذه القرينة الأخيرة محض تطبيق للقاعدة التى سبق لنا أن ذكرناها فى صدر هذا الفصل بأن سند الشحن لا يصير سند ملكية ما لم يطرح للتداول .

١٨ - **الخلاصة** التى يمكن إستنباطها من جميع ما تقدم هى أن فكرة كينونة سند الشحن سند للملكية فى القوانين الأنجلوسكسونية تلابسها تفصيلات دقيقة. منها أن هذه القاعدة ليست مطلقة كما يتبادر للذهن ومنها أن سند الشحن ليس دليلا بذاته على الملكية ، بل يجب أن يكون مطروحا للتداول من قبل شاحن مالك للبضاعة لمناسبة عقد بيع بحرى وقد إتجهت نية أطرافه على نقل ملكية البضاعة بموجب تظهير السند أو إصداره بإسم المرسل اليه .

ويقول إيفامى[٣٦] أنه يشترط لتحويل ملكية البضاعة بموجب سند الشحن [وهو ما يصير السند به دالاً على الملكية] أن تتوافر الشروط الآتية :

١ - أن يكون السند إذنيا قابلا للتحويل .

٢ - أن تكون البضاعة أثناء الرحلة البحرية .

٣ - أن يطرح سند شحن للتداول بواسطة مالك للبضاعة .

٤ - أن تتجه نية المتعاقدين إلى نقل الملكية بالتظهير أو بإصدار سند الشحن لأمر المرسل إليه المشترى .

١٩ - ووفقا لهذا التصور، فإن سند الشحن ، فى الواقع ، ليس دليلاً على الملكية فى القانون الإنجليزى إلا فى أضيق نطاق من الناحيتين النظرية والعملية .

فإذا كان المشروع الجديد للقانون البحرى قد إقتبس القاعدة دون تحفظ، بإجمال دون بيان، فإنه يكون قد جانبه الصواب .

ثانيا : مدرسة القانون المدنى:

٢٠ - تذهب مدرسة القانون المدنى ، بموجب تحليل لطبيعة سند الشحن

تحليلاً يرتد للأصول القانونية لهذه المدرسة، إلى أن سند الشحن ليس سند ملكية، وإنما هو أداة تسليم البضاعة تسليما قانونيا وماديا من البائع للمشترى وهى ما تزال فى عرض البحر، فمقتضى القول بأن سند الشحن - فى إحدى وظائفه - هو ممثل للبضاعة ويقوم مقامها، مقتضى ذلك أن السند هو أداة البائع فى الوفاء بإلتزامه قبل المشترى بتسليم البضاعة المبيعة . وهى وظيفة تختلف إختلافا جذريا فى مفهوم هذه المدرسة عن أن يكون السند سند ملكية .

٢١ - وبيان هذا الاجمال يقتضى تناول - إبتداءاً - العلاقة بين نقل الملكية وبين التسليم كأثرين من آثار عقد البيع ، وفقا لمفاهيم المدرسة القارية[٣٧] أو مدرسة القانون المدنى .

فالأصل فى عقود البيع أن ترمى إلى نقل ملكية شىء أو حق آخر من البائع للمشترى، ووضعه تحت تصرف الأخير لتمكينه من الانتفاع بـه. وتسرى هذه القاعدة على كافة البيوع على إختلاف أنواعها، المحلية والدولية والبحرية .

فالبيع يرتب نقل ملكية المبيع وتسليمه[٣٨] .

وفرق ، علــى حسب المفاهيــم الحديثــة لهــذه المدرسة ، بين نقل ملكية المبيع وبين تسليمه[٣٩] .

فالإلتزام بنقل الملكية إلتزام ينشأ عن عقد البيع على عاتق البائع ، ولكنه إلتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوءه وبقوة القانون، إذا كانت العين المبيعة شيئا معينا بالذات يملكه البائع. فمجرد نشوء الإلتزام على عاتق البائع بموجب عقد البيع ، وكانت العين المبيعة محددة بالذات. إنقضى أى ينفذ الإلتزام بمجرد نشوءه وتنتقل الملكيــة للمشتــرى بقــوة القانون .

أما إذا كان المبيع شيئا معينا بنوعه، فإن إنتقال ملكيته من البائع للمشترى يكـون بإفرازه. ويرتب الإفراز هذا الأثر ولو قبل التسليم. ويتم الإفراز بتعيين كم من المال المثلى يعادل المقدار المتعاقد عليه، بقصد تسليمه للمشترى، فيصبح بذلك المبيع شيئا معينا بالذات. وتنتقل بذلك ملكيته للمشتــرى - أى فــور الإفراز - ولو تراخى التسليم. ولئن كان مألوفا أن يتعاصر الإفراز والتسليم ، إلا أن نقل الملكية ، قانونا، يتم بالإفراز لا بالتسليم، الذى يقتصر أثره على نقل الحيازة للمشترى. فلا تنتقل الملكية بالتسليم وإنما قد تنتقل بالافراز الذى يتم عند التسليم .

وأما التسليم فهو التزام آخر ناشىء عن عقد البيع، مغاير للالتزام بنقل الملكية .

ويتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتـرى ، بحيث يتمكن من حيازتـه والإنتفاع به دون عائـق . فيشترط لتمام التسليـم أن يوضع الشىء تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفـع بــه دون عائــق. ولا يتطلب الأمر أن يستولى المشترى على المبيع إستيلاء ماديا ، وإنما يكفى أن يكون متمكنا من ذلك. ويشترط كذلك أن يعلم البائع المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه علـى النحو المتقدم ذكره .

ومن ذلك يتضح أن مناط نقل الملكية تحديد العين المبيعة وتعينها بينما مناط التسليم حيـازة المشتــرى للعيــن المبيعة[٤٠] .

ومن آثار نقل الملكية أن ثمرات المبيع تكون لمالكها .

فإذا نقلت الملكية فالثمرات للمالك الجديد[٤١] وأما آثار التسليم فإن الهلاك على الحائز من طرفي العقد، أي البائع قبل التسليم أو المشترى بعد التسليم ما لم يعذر أحدهما الآخر بالتسليم[٤٢].

عودة لسندات الشحن :

٢٢ - تبين فقهاء مدرسة القانون المدنى، شأن الفقهاء الأنجلوسكسون ذلك العرف المستقر فى مجال التجارة البحرية وهو العرف الذى قرر قاعدة أن سند الشحن يمثل البضاعة ويقوم مقامها ، وأن حيازة السند هى بمثابة حيازة البضاعة فى القانون[٤٣]. ومن هنا فإن هذه المدرسة قد إنتهت إلى أن وظائف السند الثلاثة هى :

١ - أنه دليل عقد النقل .
٢ - أنه إيصال دال على إستلام الناقل للبضاعة وشحنها .
٣ - أنه يمثل البضاعة ويقوم مقامها[٤٤] .

فالسند يمثل البضاعة المشحونة بحيث أنه تندمج فيه بما يسمح للقول بأن حيازة السند حيازة لها ، ولكن بطريق الرمز، حيازة رمزية[٤٥] وقد انتهت محكمة النقض إلى ذات المفهوم فقالت بأن سند الشحن «أداة ائتمان فهو يمثل البضاعة ويقوم مقامها بحيث تندمج البضاعة فى سند الشحن ويعتبر حامله بمثابة حائز البضاعة وإن كانت . هذه الحيازة رمزية .....»[٤٦] .

والواقع أن قاعدتى إندماج البضاعة فى السند والحيازة الرمزية للبضاعة هما قاعدتان فائقتا الإستنارة والعبقرية فى بيان مفهوم تمثيل السند للبضاعة وقيامه مقامها :

فالإندماج إنما يفيد أن البضاعة تتجسد فى السند بحيث يصبحان وجهين لعملة واحدة بما يحول دون تحول أحدهما دون الأخرى .

والحيازة الرمزية[٤٧]، هى نتيجة منطقية للإندماج. فمادامت البضاعة والسند مندمجان فحائز السند حائز للبضاعة .

والواقع أن فكرة الحيازة الرمزية تنصرف إلى الحيازة المادية للبضاعة . فالحامل يحوز البضاعة حيازة مادية ولكن بطريق الرمز. فمن غير المعقول أن تكون المعنية بالحيازة الرمزية هى الحيازة القانونية دون المادية . فلا يقال أن حامل السند يحوز البضاعة حيازة قانونية وأنه يمارس حيازته المادية بواسطة الربان . وإنما الصحيح أن حامل السند يحوزه حيازة قانونية . وأنه يمارس حيازته المادية بطريق الرمز، أى بالحيازة الرمزية[٤٨].

٢٣ - والقول بتمثيل سند الشحن للبضاعة وقيامه مقامها، بما يعنى إندماجها فيه وحيازة الحامل لها حيازة رمزية، على النحو السالف الذكر، يقتضى توافر ثلاثة أركان فى سند الشحن . الركن الأول[٤٩]، أن تحدد البضاعة ومواصفاتها بدقة بالسند فيذكر النوع والعدد والوزن والعلامات والأرقام التى تحملها. فليس من المتصور أن يمثل السند بضاعة مجهلة، وإندماجها فى السند يقتضى تحديدها بحيث يتمكن من يطلع على السند من الوقوف على نوع وكم وحالة البضاعة الظاهرة وكأنه يراها رأى العين[٥٠] .

والركن الثانى ، هو بيان الحامل الشرعى للسند الحائز للبضاعة، وأثر ذلك أن الحامل الشرعى للسند ليس بحاجة

لإثبات آخر ليتمكن من تسلم البضاعة من ربان السفينة فى ميناء الوصول، فلا يملك الربان إلا أن يسلم البضاعة للحامل الشرعى الثابت إسمه بالسند أو المظهر إليه السند تظهيرا صحيحا. وأهمية هذا الركن أنه يكاد يخلق وظيفة أخرى جديدة من وظائف سند الشحن، وهو أن السند يعين الحامل الشرعى، الوحيد الذى يستحق، قانونا تسلم البضاعة فى ميناء الوصول، والقادر على تحويل هذا الحق وحيازة البضاعة بتظهير السند لسواه.

والركن الثالث أن يكون السند إذنى أو لحامله. فهذا الركن هو الذى يمكن الحامل الشرعى من طرح السند للتداول، وتداول السند ييسر تداول البضاعة أو رهنها والحصول على ائتمان. فإندماج البضاعة فى السند وحيازتها حيازة رمزية لا قيمة لهما ما لم يتمكن الحامل من تداولها بطرح السند للتداول لينتقل والبضاعة معه من يد ليد[٥١].

٢٤ – لا مراء أن تخلف ركن واحد من هذه الأركان يسقط عن السند مكنة أن يكون ممثلا للبضاعة أو قائما مقامها.

٢٥ – وتأسيسا على قاعدة أن سند الشحن الإذنى يمثل البضاعة ويقوم مقامها، بحيث تكون حيازته حيازة لها، فإن إستخدامه القانونى إنما يكون – فى خصوص عقود البيع – فى الوفاء بإلتزام البائع فى بيعا بحريا بتسليم المبيع للمشترى تسليما قانونيا وماديا بالرمز.

وإما إرتباط هذا التمثيل، وهو متعلق بالحيازة، بنقل ملكية السند من يد ليد فأمر لا يتفق والقواعد الخاصة بنقل الملكية. ولقد أشرنا سلفا للفارق القائم بين نقل الملكية ونقل الحيازة، أو التسليم. ففى حين يرتبط نقل الملكية بتعيين البضاعة وإفرازها. وهى مسألة قد تتم فى مخازن البائع أو فى ميناء الوصول أو رصيف الشحن النهرى أو السكك الحديدية، أو على السفينة، فى حين يكون كل ذلك، فإن التسليم يرتبط بحيازة البضاعة لأنه لا يعدو أن يكون وضع البضاعة تحت تصرف المستلم مع إعلامه بذلك. وهذه واقعة مادية يمكن أن تتم بتظهير السند ومناولته للمستلم، فتكون البضاعة قد وضعت تحت تصرف المستلم بحيث يستطيع حيازتها والإنتفاع بها دون عائق، وذلك بمجرد صيرورته حاملا شرعيا للسند.

ولهذا يميل فقه مدرسة القانون المدنى إلى رفض فكرة أن السند سند ملكية، والاكتفاء به بإعتباره أداة لتنفيذ الوفاء بإلتزام البائع بتسليم العين المبيعة للمشترى.

الفصل الثانى

الموقف فى مصر

إستقراء أحكام محكمة النقض المصرية :

٢٦ – إن استقراء أحكام محكمة النقض المصرية ينبىء بأنها فى قضائها أخذت بالفكرة الأنكلوسكسونية القائلة بأن سند الشحن هو سند ملكية[٥٢]. وقد انتهى هذا القضاء إلى تقرير هذا المبدأ بدلالة إشارة منطوق الحكم إذ كان يسوق المنطوق لإثبات المبدأ الخاص بالتظهير التام طبقا للمادة ١٣٤ من قانون التجارة.

ثم أن محكمة النقض، فى قضاء آخر، أخذت بالفكرة القائلة بأن سند الشحن هو ممثل للبضاعة ويقوم مقامها

فتندمج البضاعة بالسند ويكون حمل السند بمثابة حيازة للبضاعة حيازة رمزية، بما يكون معه حائز السند في مركز حائز البضاعة(٥٣) .

وهذا المذهب وان يتفق والأصول القانونية المعمول بها في مصر إلا أنه ينفي عن المحكمة ، عند مقابلته بالحكم الأول ، القول بوجود تصور واحد لديها عن طبيعة سندات الشحن ووظائفه، وهو ما تتهاتر معه كل الأسانيد التى ترجع هذه الأحكام إلى أصول قانونية واحدة.

تلبس محكمة النقض بالتناقض :

٢٧ - إن عدم إستقراء إتجاه قضاء النقض بخصوص سندات الشحن ، وإضطرابه بين الأمواج المتلاطمة التى تسوقها رياح الأفكار المتباينة لمدرستين قانونيتين مختلفتين، قد أحدث أثره لديها فنائت بكلكلها الغيوم الحائلة دون صفاء الرؤية وجلاء الرأى، وهو ما ألقى بظلاله على قضاء حكم آخر لمحكمة النقض تجلى معه تناقض جديد لكلا الإتجاهين السابقين.

إذ قالت المحكمة في خصوص البيع سيف:

«البيع سيف يتم بتسليم البضاعة عند الشحن ، وتنتقل ملكيتها إلى المشترى بوضعها على ظهر السفينة بحيث تصبح مخاطر الطريق على عاتقه....(٥٤) .

وبذا نرى محكمة النقض قد أرست مبدأ جديداً يناقض مبدأها القائل بأن سند الشحن سند ملكية، وكذا مبدأها القائل بأنه ممثل للبضاعة وقائم مقامها ، بمعنى أنه سند حيازة .

بل أن محكمة النقض طرحت تماما "سند الشحن بتصوريه، جانباً ولم ترتب على وجوده أى أثر سواء من حيث الملكية إعمالا للنظرية الانجليزية ، أو من حيث الحيازة والتسليم إعمالا لنظر المدرسة القارية .

وبيان ذلك أن محكمة النقض أقامت قرينة قضائية على أن جميع آثار البيع سيف، وهى إنتقال الملكية ، والتسليم، وإنتقال تبعة الهلاك، جميعها منوط بواقعة واحدة وهى شحن البضاعة على السفينة .

ومحل التناقض بين هذا القضاء وبين فكرة أن سند الشحن سند ملكية، إن مجرد الشحن لا يعنى بذاته أن سند الشحن صدر لأمر المشترى ، بما يسمح بالقول بأن الملكية لم تؤول للمشترى بالشحن وإنما بإصدار السند لأمره. فقد يصدر السند لأمر البائع، ويتراخى هذا فى تظهيره . فتكون ثابتة للمشترى بموجب المبدأ الذى قررته محكمة النقض، وتكون ثابتة للبائع بمقتضى المبدأ الآخر الذى قررته المحكمة وإنتهت فيه إلى أن السند سند ملكية .

ومحل التناقض بين هذا القضاء وبين الفكرة القائلة بأن سند الشحن يمثل البضاعة ويقوم مقامها ، أنها جعلت تسليم البضاعة للمشترى بشحنها ، بينما قررت مبدأ آخر فى حكم آخر بأن السند يمثل البضاعة وأن حيازته حيازة لها . فلو أن السند كان صادرا لأمر الشاحن لتعارض المبدآن. بل أن المشترى لا يكون قد تسلم البضاعة عمليا، إذ يستحيل القول بأنه تسلمها بشحنها، بينما سند الشحن لأمر الشاحن بما يحول دون وضع البضاعة تحت تصرف المشترى وتمكينه من الإنتفاع بها دون عقبات

خلاصة :

٢٨ - المشاهد ، عقب

جميع ما تقدم، أن مشروع القانون التجارى البحرى الجديد قد جاء – على إستحياء – بقاعة أن سند الشحن هو سند ملكية .

ولا يقال، فى نفى هذا الاتجاه، أنه لم يثبت بصريح العبارة، وإنما بدلالة الإشارة. لا يقال ذلك، لأن دلالة الإشارة من منطوق النص، ومن طرق إستنباط الأحكام من النصوص.

وأما أن هذا المبدأ قد ثبت بدلالة الإشارة فإن ذلك لا ينفى عنه أنه جاء حكما مطلقا، غير مقيد بأى قيد، أو مبين بأى بيان. فلا يجوز تقييده دون نص مقيد، وإلا خولفت إرادة المشرع.

هذا وإذ يتضح من الدراسة القائمة أن الشريعة التى أنبتت هذه الفكرة لم تتركها على إطلاقها. ولو تركتها لم خالفت منطق هذه الشريعة وركائزها القانونية .

وأما فى مصر، فإن اقتباس هذا النبت وغرسه فى أديم شريعة تأباه قواعدها لأمر ستتجرع الممارسة العملية مرارته.

إذ بموجب نص القانون، أصبح سند الشحن قرينة على ملكية حامله للبضاعة المبينة به، حال أن الملكية طبقا للقانون تنتقل متى تم إفراز العين المبيعة بقصد تسليمها للمالك الجديد. وهذا الإفراز غالبا ما يقع على نحو مستقل عن سند الشحن وإسم حامله الشرعى. وهنا يتصور أن تنتقل ملكية البضاعة للمشترى لحظة إفراز البضاعة بما يجعلها معينة بالذات، فى حين أن سند الشحن ما يزال يحمل إسم البائع، أو قد لا يكون قد صدر بعد.

لا ريب أن الممارسة العملية ستمدنا بصور عديدة لهذا التناقض المثير للبس فى قادم الأيام.

القسم الثانى

تظهير سند الشحن

٢٩ – سبقت الإشارة[٥٥] إلى أن المحكمة العليا، فى قضاء الحكم فى الطعن الرقيم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق، محل هذه الدراسة، إستلزم تطبيق نص المادة ١٣٤ من قانون التجارة الخاصة بتظهير الكمبيالة تظهيرا تاماً، فى شأن تظهير سند الشحن. وبناء على ذلك فقد إستلزم هذا القضاء فى التظهير الناقل لملكية[٥٦] الحقوق الثابتة بالسند أن يكون تظهيرا تاما على النحو الذى أشارت إليه المادة .

٣٠ – لكن محكمة النقض أرست ، فى خصوص الشيك، مبدأ يغاير ذلك الذى وضعت قواعده بشأن سند الشحن، فجرى قضاؤها ، فى جملة أحكام على أن لا محل لإعمال قواعد المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة والخاصتين بتظهير الكمبيالة على الشيك لإختلاف طبيعة كل منهما عن الآخر. فقالت المحكمة : لا محل لإعمال حكم المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة الخاصتين بتظهير الكمبيالة على الشيك، وإذ لم يضع القانون التجارى أحكاما خاصة بتظهير الشيك ، وكان العرف قد جرى على أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية، وذلك تيسيرا لتداوله ، وتمكينا له من أداء وظيفته كأداة وفاء، فإن هذا الحكم يكون هو الواجب التطبيق ....،[٥٧] .

فالمحكمة ، على ما إستبان من منطوق الحكم ، إستبعدت

المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة، وإرتأت، حيث لا توجد نصوص خاصة بالشيك، وجوب تطبيق عرف تجارى سار لدى المتعاملين بالشيكات ، مقتضاه أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية .

٣١ - إلتقط نفر من الثقاة من علماء القانون هذه الأفكار ووجهوا حملات نقد عنيفة لمذهب محكمة النقض الخاص بسند الشحن وتظهيره تظهيرا ناقلا للحقوق الثابتة فيه(٥٨) . وقالوا تأسيا بقضاء النقض الخاص بالشيك، بأنه وإن كانت طبيعة الشيك لا تطابق طبيعة الكمبيالة، فإن طبيعة سند الشحن تغاير طبيعة الكمبيالة من باب أولى . الأمر الذى يفضى لإستبعاد إعمال المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة عن نطاق سند الشحن .

ومن جهة أخرى ، إستخلص هذا الفريق من الفقهاء أن العرف السائد فى مجال التجارة البحرية قد إستقر على أن التوقيع المجرد على بياض بظهر سند الشحن من شأنه أن ينقل ملكية الحقوق الثابتة بالسند. وإنتهى هذا الرأى، يشايعه فى هذا المسار جمهور الفقهاء(٥٩)، إلى أن الأجدى أن يطبق على سندات الشحن تيسيرا للتعامل بموجبه، وتمكينا له من أداء وظيفته الائتمانية ومسايرة للتشريعات الحديثة(٦٠) .

٣٢ - والظاهر أن هذا الإتجاه فى الفقه كان له أبعد أثر على واضع مشروع القانون الجديد فقنن هذا المذهب فى المادة ٣/٢٠٣ منه.

٣٣ - ونحن وإن كنا نؤيد إستبعاد المادتين ١٣٤ و ١٣٥ عن التطبيق على سند الشحن، إلا أننا لا نتفق والمذهب القائل بأن الشيك يختلف فى طبيعته عن الكمبيالة. ولا يتفق والمذهب القائل بأن التوقيع المجرد على بياض تظهير ناقل للحقوق الثابتة بسند الشحن.

أولا : نقض قضاء النقض بخصوص طبيعة الشيك :

٣٤ - إن الفكرة القائلة بأن طبيعة الشيك مغايرة لطبيعة الكمبيالة بما يثمر إستبعاد قواعد تطبيق الكمبيالة عن التطبيق على الشيك هى فكرة جانبها الصواب .

والظاهر أن أساس إختلاف طبيعة الشيك عن الكمبيالة عند محكمة النقض أن الأول أداة وفاء فقط طبقا لوظيفته التى خلق لها بينما الكمبيالة أداة ائتمان وسند مديونية .

والواقع أنه لئن كانت وظيفة الشيك لا تطابق وظيفة الكمبيالة إلا أن ذلك لا ينفى إستغراق وظيفة الأخيرة لوظيفة الأول. ومن ثم فإن طبيعة الكمبيالة تتسع لتشمل طبيعة الشيك بالإضافة لما تنفرد به من طابع.

فالكمبيالة، من جهة، أداة وفاء كمثل الشيك إذ يستطيع المستفيد فيها إستيفاء دينه من مدينه والوفاء لدائنه بتظهير الكمبيالة لهذا الدائن، فينتقل الحق الثابت فى الكمبيالة للمظهر إليه إستيفاء بدين ووفاء بآخر(٦١) .

ولا يقال، من جهة أخرى، بأن الشيك يتميز عن الكمبيالة بأنه مستحق الدفع بمجرد الإطلاع بينما الكمبيالة، على عكس ذلك، هى سند مديونية وأداة ائتمان .

ولا يقال ذلك لسببين : الأول، أنه يجوز أن تسحب

الكمبيالة على مصرف، شأن الشيك، مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع دون أن ينطوى ذلك على مخالفة القانون، وهنا تتفق طبيعة الورقتين تمام الإتفاق، فكلتاهما مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع، وكلتاهما، بهذه الصورة، أداة وفاء وليست سند مديونية .

وحتى الفرق الشكلى بين الورقتين، وهو بيان وصول القيمة الثابت بالكمبيالة دون الشيك فقد لفظته التشريعات الحديثة التى حذفت هذا البيان من البيانات الإلزامية للكمبيالة، وبالتالى أصبحت الكمبيالة المسحوبة على مصرف، والمستحقة الدفع بمجرد الإطلاع لا تختلف من حيث الشكل ولا من حيث الوظيفة ولا من حيث الطبيعة، إذ تتطابق الكمبيالة والشيك فى خصوصها جميعا.

وقد أوجدت هذه الصورة الحديثة للكمبيالة، التى تخلو من بيان وصول القيمة، إذا سحبت على بنك مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع، أوجدت مأزقا قانونيا بالنسبة للمؤتمرين المجتمعين لأجل قانون جنيف الموحد الخاص بقواعد الأوراق التجارية، فأوصوا للتميز بينهما بأن يكتب على الشيك كلمة شيك، وأن يكتب على الكمبيالة كلمة كمبيالة، منعا للخلط بينهما[٦٢]، والباعث على هذا التمييز الملفق، الدخيل على الطبيعة الواحدة لكل من الشيك والكمبيالة، أن المشرع رتب على الشيك آثاراً جنائية، ومن حيث التمغة، لم يرتبها للكمبيالة .

والسبب الثانى ، الذى لا يقال لأجله بإختلاف طبيعة الشيك عن الكمبيالة، هو أن مجرد تقديم الشيك للمستفيد، لا يعتبر بذاته وفاء بالدين مبرءا لذمة الساحب قبله. فإن الوفاء المبرىء للذمة لا يكون إلا بالنقود. وقد حكمت محكمة النقض بأن مجرد تقديم الشيك للمستفيد لا يعتبر وفاء وإنما يتم الوفاء حينما يتقدم المستفيد للبنك لصرف الشيك ويصرفه فعلاً[٦٣] .

ولا يخفى على كل متأمل عدم إختلاف الشيك عن الكمبيالة، فى هذا النطاق، قيد أنملة. فالوفاء لا يتم إلا بأن يقدم الشيك للمسحوب عليه ويصرف قيمته للمستفيد أو المظهر إليه. والشيك، من جهة أخرى، وإن كان أداة وفاء، بإعتباره مستحق الدفع بمجرد الإطلاع، إلا أنه قد تمضى فترة من الزمن بين لحظة إصدار الشيك وبين تقديمه بواسطة المستفيد للبنك المسحوب عليه للصرف. وخلال هذه الفترة، يغلب أن يظهره المستفيد لمظهر إليه من الغير. أفلا يكون الشيك، فى هذه الأثناء، أداة ائتمان، كمثل الكمبيالة ؟ اللهم بلى.

إن الشيك والكمبيالة كلاهما ورقة تجارية لهما طبيعة واحدة، يخضعان جميعا لقانون الصرف ويرتبان آثاره ولا يقدح من ذلك أن تكون الكمبيالة ذات نطاق وظيفى أوسع من الشيك بحيث تؤدى، إلى جوار وظيفتها كأداة ائتمان وكسند مديونية ، وهى الوظائف التى رأينا أن الشيك قد يضطلع بها، فإنها تؤدى كذلك وظيفة الشيك، معه ، كأداة وفاء.

فمتى كان هذا النظر، فإن قول محكمة النقض بأن الشيك يختلف عن الكمبيالة من حيث الطبيعة بما مؤداه إختلاف حكم كل منهما بخصوص التظهير هو قول محل نظر. ولعل الصحيح أن لكل من الشيك والكمبيالة طبيعة واحدة بما

يفضى إلى وجوب إعمال حكم المادتين ١٣٤ و ١٣٥ على الشيك شأن الكمبيالة. وبهذا يكون الأساس الذى إنطلق عنه كل الفكر الذى تأسى بالحكم الخاص بالشيك وطالب بإعماله على سند الشحن، يكون قد إنهار.

ثانيا : نقد القول بأن التوقيع على بياض هو تظهير ناقل للملكية :

٣٥ - إذا كانت محكمة النقض قد ارتأت فى خصوص الشيك، وتأسى بها الفقه فى خصوص سند الشحن، أن التوقيع المجرد على بياض بظهر الشيك أو سند الشحن الإذنى تظهير ناقل للملكية. فتنتقل الحقوق الثابتة بالسند بمجرد هذا التوقيع. فإن هذا الرأى، بدوره، قد جانبه الصواب، وذلك أن هذا القول وإن إنتهى إلى نتيجة تكاد تكون صحيحة، إلا أنه تأسس على أسباب لا تقوى على حمله، وسواء فى ذلك سند الشحن والشيك. ومع ذلك فإن هذا التسبيب المعيب لم يخل من كل تأثير، إذ أفضى إلى تأثر مشروع القانون البحرى الجديد بهذا المذهب **الأمر** الذى إنتهى إلى تقنين المادة ٣/٢٠٣ منه بصياغة معيبة لا تحقق الغاية من وضعها إن لم تزد الأمر تعقيدا. فصحيح أن حامل سند الشحن أو الشيك أو الكمبيالة إذا وقع توقيعا مجردا بظهر الورقة ثم ناولها لشخص من الغير فإنه ينقل إليه الحقوق الثابتة فيها . إلا أن ذلك لا يتحقق بسبب عرف تجارى أو بحرى يقول بأن التوقيع المجرد على بياض بظهر سند الشحن أو الشيك أو الكمبيالة هو تظهير ناقل للملكية. فلا التوقيع على بياض ناقل للملكية ولا هو تظهير. ويتضح ذلك بتحليل كل من التوقيع على بياض ونقل الملكية الذى يتم بعد ذلك . وهذا التحليل يسرى بشأن سند الشحن وكذا بشأن الشيك والكمبيالة والأوراق التجارية جميعا .

وظيفة التوقيع على بياض :

٣٦ - التوقيع على بياض بظهر السند أو الورقة التجارية لا يعتبر تظهيرا ناقصا. وإنما التوقيع على بياض يؤدى عملا واحداً هو تغيير شكل الورقة أو السند من سند الشحن إذنى إلى سند شحن لحامله(٦٤) .

وصيرورة سند الشحن الاذنى، سند لحامله بالتوقيع على بياض بظهره هو أمر تحتمه مبادىء القانون ومنطق التداول وواقع الأمور.

ولذلك فيمكننا أن نقرر أن التوقيع على بياض ليس تظهيرا ناقصا ولا ينتمى لأى نوع من أنواع التظهير. بل وليس التوقيع على بياض طريقا من طرق تداول الأوراق التجارية أو سندات الشحن . فهو لا يؤدى إلا إلى تغيير شكل الورقة، أو السند. ولا يغير من ذلك أن تناولت المادة ١٣٥ من قانون التجارة أحوال التظهير الناقص بعد أن تناولت المادة ١٣٤ منه بالتظهير التام. ذلك أن المادة ١٣٥ من قانون التجارة تناولت فى الواقع أمرين وبينت حكمهما. فهى بينت حكم التظهير غير التام وحكمة أن المشرع جعل من ذلك قرينة على أنه للتوكيل. وكذلك تناولت التوقيع المجرد على بياض الذى يغير شكل الورقة فيجعلها ورقة لحاملها، وبينت حكمه بأنه يباح لحاملها أن يعيد كتابة ما نقص من بيانات لتعود الورقة أو السند أذنيا مرة أخرى.

وهنا ينبت الفارق الوحيد بين الورقة أو السند الإذنى الموقع بظهره على بياض وبين الورقة أو السند الصادر أصلا لحامله فهذا الأخير يولد ويحيا وينقضى سندا لحامله بينما الأول قد يعود سنداً أذنيا مرة أخرى.

وهذه القواعد وإن نص عليها قانون التجارة إلا أن منطق القانون لا يأباها والقول بسريانها على سندات الشحن يكون قولا سائغا(٦٥).

نقل الحقوق الثابتة فى السند الموقع بظهره على بياض:

٣٧ – يجوز لحامل الورقة الموقعة بظهرها على بياض أن ينقل الحقوق الثابتة فيها بطريق المناولة، دون أدنى حاجة لأى بيان آخر.

فالتوقيع على بياض كما شاهدنا، يقتصر أثره على تغيير شكل الورقة إلى سند لحامله. ولكن الحقوق الثابتة بالسند لا تنتقل بمجرد التوقيع على بياض بظهره. وإنما المناولة التى تتم بين حامل وآخر هى التى تنقل الحقوق، طالما أن الورقة قد تغير شكلها بالتوقيع بظهرها على بياض، وأصبحت ورقة لحاملها.

فما ينقل الحقوق المناولة فقط.

واللحظة التى تنتقل عندها الحقوق الثابتة فى الورقة هى اللحظة التى تتم فيها المناولة.

والمناولة تتداول بها الورقة من يد ليد جملة مرات. وأما التوقيع على بياض فلا يتم إلا مرة واحدة لهدف واحد وهو تغيير شكل الورقة فقط، ولا شأن له فى نقل الحقوق الثابتة فيها.

ولا يغير من ذلك القول بأن المشرع الفرنسى نص فى القانون الصادر سنة ١٩٢٢ على أن التظهير على بياض هو من ألوان التظهير الناقل للملكية بالنسبة للأوراق التجارية، ذلك أن هذه الدراسة ليست بصدد الإستشهاد بالتشريعات أو بالأحكام، وإنما هى بصدد تمحيصها وإنزال حكم لها أو عليها.

خلاصة :

٣٨ – نخلص مما تقدم جميعه بأن التظهير على بياض وحده لا ينقل الملكية ولا الحقوق الثابتة بسند الشحن. وتقرير هذه الخلاصة لا يرجع إلى نص قانونى ينص عليها، وإنما لأن ذلك من مسلمات القانون التى تنزل منزلة الحقيقة الدامغة كأمر واقع لا يقبل المناقضة . وكذا يمكن القول بأن التوقيع على بياض ليس تظهيرا، وليس من طرق تداول السندات.

فللتوقيع على بياض بظهر سند الشحن الإذنى وظيفة وحيدة وهى أنها تغيير شكل السند إلى سند لحامله.

وبناء على هذا النظر فإن نقل الحقوق الثابتة بالسند الإذنى يقتضى توافر شرطين:

١ – أن يكون قد صار تغيير شكل السند إلى سند شحن لحامله.

٢ – أن يتم تداول السند بالمناولة.

وهنا، تنتقل الحقوق الثابتة بالسند.

٣٩ – وبذلك يبين بجلاء أن نص المادة ٣/٢٠٣ الذى قنن القول بأن التوقيع على بياض ينقل الحقوق الثابتة بالسند قد جاء مجانبا للصواب. وقد كان الأجدى أن ينص على أنه يغير شكل سند الشحن إلى سند لحامله يتم تداوله بالمناولة.

خاتمة الدراسة

٤٠ - لعله من الثابت، إن صح ما أفردت له هذه الدراسة، أن مشروع قانون التجارة البحرى قد قنن لأحكام تداول سندات الشحن الإذنية بصياغة تفضى إلى عكس مراد واضعه. وأدخل على المفاهيم القانونية المصرية البحرية، للمرة الأولى أفكارا دخيلة على مسلمات القانون فى مصر.

فحيث أراد المشروع تيسير التداول بتظهير سندات الشحن بما يجعلها ناقلة للحقوق الثابتة بها سواء أكان ذلك بالتوقيع على بياض أو بالتظهير التام حسب قانون التجارة، إذ أنه بموجب صياغة نص المادة ٣/٢٠٣ يستبعد مكنة التداول الناقل للحقوق بالتظهير على الإطلاق، ويحصره فقط فى السند لحامله، ويشترط فى السند الإذنى أن يتغير شكله إلى سند لحامله حتى يتيسر تداوله تداولاً ناقلاً للحقوق بالمناولة .

ومن جهة أخرى، أدخل المشروع على المفاهيم القانونية المصرية ما مفاده أن سند الشحن هو سند ملكية، بإطلاق، فى حين أن الشريعة التى أنجبت هذه الفكرة قيدتها بعشرات من القيود.

وهنا يحق لنا أن نستخلص حقيقة هامة وهى أن مشكلة تظهير سند الشحن ما تزال قائمة وبأكثر مما كانت عليه قبل إقرار مشروع القانون التجارى البحرى الجديد.

ونعود فنكرر بأن هذه الدراسة لم ترم إلى وضع حلول لما وجدته من مشاكل، وإنما هي رامت إلى إجلاء الحقيقة بأن ما يعتقد أنه حلّ لمشكلات قانونية كانت قائمة فى ظل التشريع القديم، هذا الحل هو فى واقعه خلق لمشكلات جديدة أشد تعقيدا.

والله تعالى أعلم...

لايكفى أن يكون القاضى عادلاً ، بل يجب ان يقتنع الناس بعدله ....

«حكيم»

هوامش

(١) لم يكن مجلس الشعب المصرى قد أقر مشروع قانون التجارة البحرى الجديد عند وضع هذا البحث، وعندما أقره، قبيل تمام الإفراغ منه، لم يكن القانون الجديد قد دخل دائرة التنفيذ ولم تتوفر لدى الدارس نسخة منه بأرقام مواده التى إعتمدها المشرع، فآثر أن تظل المادة المشار إليها - وهى محل هذا البحث - حامله رقمها فى المشروع خاصة وأنها لم يلحقها أى تغيير .

(٢) يقسم الشافعية والمتكلمون، ومن وافقهم من المالكية الحنابلة، دلالة اللفظ العربى على الحكم إلى قسمين، دلالة المنطوق ودلالة المفهوم، فيقول الشوكانى فى إرشاد الفحول إن الألفاظ قوالب للمعانى المستفادة منها فتارة تستفاد من جهة النطق تصريحا وتارة من جهته تلويحا، والثانى المفهوم وهو ما دل عليه اللفظ لا فى محل النطق.

ودلالة المنطوق هى دلالة اللفظ فى محل النطق على الحكم ، فهو ما تدل عليه الألفاظ من معان أو أحكام. وتشمل دلالة المنطوق كلاً من دلالة العبارة ودلالة الإشارة ودلالة الإقتضاء عند الأحناف. السعدى، محمد صبرى. - تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية. - ط ١ ص ٥٣٠.

(٣) يقول السرخسى : «الثابت بالعبارة هو ما كان السياق لأجله، ويعلم قبل التأمل أن ظاهر النص متناوله له ». السرخسى، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل . - أصول السرخسى، الجزء الأول . - ص ٢٣٦. ويمكن القول بأن «دلالة العبارة هى دلالة اللفظ على المعنى المتبادر فهمه من عبارته والمقصود من سياق الكلام. »السعدى، محمد صبرى. - المرجع السابق. - ص ٥٠١. ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: «دلالة العبارة هى المعنى المفهوم من اللفظ». أبو زهرة، محمد . - أصول الفقه. - ص ١٢٩.

(٤) تنص المادة ١٣٤ من قانون التجارة : «يؤرخ تحويل الكمبيالة ويذكر فيه أن قيمتها وصلت ويبين فيه إسم من انتقلت الكمبيالة تحت إذنه ويوضع عليه إمضاء المحيل أو ختمه».

وتنص المادة ١٣٥ من هذا القانون فى خصوص نقل ملكية المحرر أو التوكيل به: «إذا لم يكن التحويل مطابقا لما تقرر بالمادة السابقة فلا يوجب إنتقال ملكية الكمبيالة لمن تتحول له، بل يعتبر ذلك توكيلاً له فقط فى قبض قيمتها ونقل ملكيتها لشخص آخر .....».

(٥) ولئن كان المشروع فى المادة ٢٠٣/٣ قد سوى بين التوقيع المجرد بظهر السند وبين التظهير بمختلف صوره، بل جعل الأول نوعا من جنس الأخير، إلا أن هذا - كما سيتضح فى الفقرات التالية من المتن - يناقض منطق القانون .

(٦) «الثابت بالاشارة ما لم يكن السياق لأجله ولكنه يعلم بالتأمل فى معنى اللفظ من غير زيادة ولا نقصان، وبه تتم البلاغة والاعجاز. »السرخسى، أبو بكر محمد.- أصول السرخسى، المرجع السابق ،- الجزء الأول ص ٢٣٦. ويقول الشيخ محمد أبو زهرة:« إشارة النص هو ما يدل عليه اللفظ بغير عبارته، ولكنه يجيء نتيجة لهذه العبارة، فهو يفهم من الكلام، ولكنه لا يستفاد من العبارة ذاتها» أبو زهرة، محمد. - أصول الفقه، المرجع السابق.- ص ١٣٠ وكذا فإن «إشارة النص على المعنى الذى لا يتبادر فهمه منه ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر، فهو مدلول اللفظ بطريق الإلتزام، ويحتاج إدراكه إلى نوع من التأمل». السعدى، محمد صبرى.- تفسير النصوص، المرجع السابق، ص ٥٠٨.

هوامش

(٧) عرفه التفتازانى فى التلويح مع التوضيح بأنه «دلالة اللفظ على معنى خارج. يتوقف عليه صدقه أو صحته الشرعية أو العقلية». أى أنه إذا كان صدق الكلام أو صحته الشرعية أو العقلية تتوقف على معنى خارج اللفظ، قيل للدلالة على هذا المعنى المقدر دلالة إقتضاء. السعدى، محمد صبرى.- تفسير النصوص، المرجع السابق ص ٥٢٠، ويقول الشيخ أبو زهرة فى دلالة الاقتضاء: «هى دلالة اللفظ على كل أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره». أبو زهرة، محمد.- أصول الفقه، المرجع السابق ص ١٣٣، ويقول السرخسى «والنوع الرابع وهو المقتضى، وهو عبارة عن زيادة عن المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيداً ....» السرخسى، أبو بكر محمد . - أصول السرخسى، المرجع السابق ص ٢٤٨.

وقد قسم العلماء ما يتوقف عليه تقدير صدق الكلام أو صحته إلى ثلاثة أقسام :

١ - ما يتوقف على تقديره صدق الكلام.
٢ - ما يتوقف على تقديره صحة الكلام عقلاً.
٣ - ما يتوقف على تقديره صحة الكلام شرعاً.

(٨) دلالة المفهوم قسمان أولهما مفهوم الموافقة ، وهو دلالة الفحوى، أو فحوى الخطاب أو القياس الجلى . وتعريفه أنه ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه لإشتراكهما فى علة الحكم المفهومة بطريق اللغة دون نظر وإجتهاد. وقد يكون أولى بالحكم من المنطوق أو مساويا له عند الأحناف. وثانيهما مفهوم المخالفة. السعدى، محمد صبرى . - تفسير النصوص، المرجع السابق . - ص ٥٣١.

(٩) ومفهوم المخالفة هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لإنتفاء قيد من القيود المقيدة فى الحكم . وهو أنواع تتعدد وفقا لنوع القيد. وقد أوصلها بعض الأصوليين إلى عشرة أنواع منها مفهوم الصفة ومفهوم الشرط ومفهوم الغاية ومفهوم العدد ومفهوم اللقب. وهذا الأخير هو المطابق لحالتنا. فهو تعليق الحكم بإسم جامد على نفى ذلك الحكم عن غيره، والمراد بالإسم الجامد علماً أو مصطلحاً على الذات المسند إليها الحكم. السعدى، محمد صبرى. - تفسير النصوص، المرجع السابق. - ص ٥٣٦ .

(١٠) تبين من تعريف مفهوم المخالفة بالهامش السابق أن الإسم الجامد إنما يراد به الإسم العلم على ذات معينة أو الدال على مصطلح معيين أو مفهوم فكرى أو قانونى معيين .

(١١) حسنى ، أحمد . - قضاء النقض البحرى . - ط. ٢. - ص ٥٦.

(١٢) وهى صيغة أقوى من صياغة المادتين ١٣٤ و ١٣٥ فى الدلالة على معناها .

(١٣) الطعن رقم ٤٤٨ سنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/١١. حسنى، أحمد . - قضاء النقض التجارى. - ص ١٢١.

(١٤) شورلى، شورلى أند جايلز . - Shipping Laws. -Page 124.

(١٥) يقول إيفامى :

(For Many purposes possession of a bill of lading is equivilant in law to possession of the goods. It

هوامش

enables the holder to obtain delivery of the goods at the port of destination and, during the transit, it enables him to deliver the goods by merely transferring the bill of lading. These rules are particularly important in cif contracts.) Ivamy, Hardy, - Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea.- 12 ed.- Page 81.

(١٦) ويتولى اللورد شورلى شرح هذه الجزئية :

(.... Eventually when goods were shipped direct to buyers, the bill of lading was sent to them and the buyers were made consigness of the goods, In a bill of lading, therefore, the carrier began to carry the goods, say to Antwerp, and there deliver them not only to the shipper, but alternatively to the shipper's order, so that the shipper could, by endorsing on the documents and order that the goods should be delivered to the buyer, enable the latter to get the goods himself or to the named cosignee or order.

Passing of Properly

The bill of lading then come to represent the goods in respect of which it was issued. This means that in law, property in goods, which are covered by a bill of lading, passes to a purchaser if the owner endorses (where necessary) the documents and transfer it to him. In other words, indorsement and transfer of documents by the owner of the bill of lading transfer the property in the goods, that is the bill of lading is a document of title).

شورلى اند جايلز .- المرجع السابق ص ١٨٧.

(١٧) شورلى ، شورلى اند جايلز - المرجع السابق .- ص ١٨٨.

(١٨) شورلى ، شورلى اند جايلز . - المرجع السابق . - ص ١٨٩.

(١٩) مقابل الوفاء بالوعد Consideration هو ركن من أركان العقد فى الشريعة الأنجلوسكسونية . وسيأتى بيان ذلك .

(٢٠) Bargen .

(٢١) فالأصل أن القانون الانجليزى - تاريخيا - لم يكن يعترف سوى بالعقود الشكلية . فكان العقد، ليرتب أثراً قانونيا ، لا بد أن يفرغ فى شكل خاص .

وأما العقود الرضائية فقد وجدت فى مرحلة لاحقة ، حينما أقرت قواعدها المحاكم الانجليزية لمناسبة دعوى يرفعها المدعى ضد خصمه طالبا إلزامه بالوفاء بما وعد وقد حصل، سلفاً وقبل رفع الدعوى على مقابل هذا الوعد .

ولم يكن القضاء ليعتد بهذه الدعوى ويلزم المدعى عليه بالوفاء بما وعد لمجرد الوعد . وإنما إستجاب القضاء لطلب المدعى بإلزام خصمه بالوفاء بوعده بعد أن تيقن من أن المدعى عليه قد حصل من المدعى على مقابل وعده .

هوامش

هكذا أخذت العقود الرضائية فى الشريعة الانجليزية . وماتبوأت مقعدها منها إلا بإقرار فكرة مقابل الوفاء بالوعد كركن من أركان العقد الرضائى .

ولا يخفى بالطبع ما يلابس العقد الرضائى فى هذا التصرف من إرتباط بوجود صفقة بين طرفى العلاقة .

ولا غرابة من جهة أخرى أن تنشأ دعوى العقد الرضائى قبل نشوء العقد ذاته فى ظل شريعة عرفية الأصول يقرر قواعدها القضاء .

وبذا يتضح أن مقابل الوفاء بالوعد هو ركن من أركان العقد الرضائى .

ويقول روزنبرج و أوت فى بيان ماهية الوفاء بالوعد :

(Consideration in contracts consists of elements of benefit and sacrifice to the contracting parties. Consideration may be money or anything else of value given in return for the other's act or promise. Unless there is benifit and sacrifice to each party, the agreement lacks the requisite of consideration). Rosenberg, Robert.- Theory and problams of College business law. P.7.

ويشترط فى مقابل الوفاء بالوعد أن يكون ناشئا عن اتفاق طرفى العقد. فلا يجوز أن يكون أحد الطرفين ملتزما أصلا بموجب قانون أو عقد آخر بهذا المقابل، وينبغى، بالتالى، ألا يكون المقابل قد تم أداؤه قبل الرابطة العقدية .

ويتضح مفهوم الصفقة من ناحية أخرى من فكرتى التضحية والفائدة اللتان يكون مقابل الوفاء بالوعد. فكل طرف يتحمل تضحية بما يقدم للطرف الآخر وتعود عليه فائدة بما يأخذ عن الطرف الآخر من قيمة .

ومن هنا فإن الربط بين سند الشحن وبين المفهوم بأن حامله قد ناله مقابل قيمة قدمها يوضح أن السند - كدليل على الملكية - هو عنصر فى صفقة ويمثل تضحية قدمها حامله السابق مقابل القيمة التى حصل عليها .

(٢٢) إيفامى . - المرجع السابق . - ص ١١١.

(٢٣) (The bill of lading must have been **Put in circulation** by one who had a good title to the goods.

(٢٤) إيفامى . - المرجع السابق -. ص ١١٠ وما بعدها .

(٢٥) وكمثل ذلك لو أن البنك أقرض الشاحن مقابل سندات الشحن، فإن البنك لا يكتسب الملكية وإنما يظل دائنا مرتهنا .

(٢٦) دون إخلال بقواعد حسن النية والغش.

(٢٧) (Every consignece of goods named in a bill of lading and every endorsee of a bill of loding, to whom the properly in the goods therein mantioned shall pass upon or by reason of such consignment or endorsement, shall have transferred to and vested in himall rights of suit and be subject to the same liabilities in respect of such goods as if the contract contained in the bill of lading has been made whith himself).

هوامش

(٢٨.) ويقول إيفامى :

(It would seam that the property need only pass from shipper to the consignee or indorse under a contract in pursuance of which the goods are consigned to him under the bill of lading, or in pursuance of which the bill of lading is indorsed in his favour).

إيفامى . - المرجع السابق . - ص ١٥٩.

(٢٩) (Where there is a contract of sale of uncertained corge, no property in the goods is transfered to the buyer unless and untill the goods are ascertained).

(٣٠) It follows that (except in highly exceptioal circumstances) property in parts of undivided bulk cargoes passes on delivery of the cargo at the port of discharge and connot pas with risk, on shipment, or at any stage of the voyage. Todd, Paul.- Contracts For The Carriage Of Goods by Sea. P. 153.

(٣١) S. 17 : (1) Where there is a contract for Sale for specific or ascertained goods the property in them is transfered to the buyer at such Time as the parties to the contract intened it to be transfered.
(2) For the purpose of ascertaining the intention of the parties, regard shall be had to the terms of the contract, the conduct of the parties and the circumstances of the case.

(٣٢) ومثال ذلك فى قضية Kronprincessan Margerita وتتلخص وقائعها فى أن بيعت بضاعة أثناء الحرب العظمى الأولى إلى مشتر منتم لدولة محايدة . ولمواجهة قواعد الإغتنام البحرى زعم المشترى - بعد أسر السفينة - أن البضاعة نقلت ملكيتها إليه قبل الشحن ، وقدم الدليل على ذلك سند شحن صادر لأمره. إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع تأسيسا على أن البضاعة لم تنتقل لملكية المشترى المحايد فتنجو من الإغتنام لأن الثمن لم يكن قد دفع بعد، وبالتالى فلم يعتد بدفع المشترى .

TODD . - المرجع السابق . ص ١٥٦.

(٣٣) وفى ذلك يقول القاضى ماك نير فى قضيةGinzberg V. Barrow Haemetike:

It was commoon for the parties to a CIF contract to intend that property in the goods shall pass only when payment is made.

(٣٤) Lloyd's Maritime and Commercial law Quarterly. 1990, Part I February 1990. ed. Rose, F.D.

(٣٥) قضية Albazero 1977. - عن Todd - المرجع السابق . - ص ١٥٦.

(٣٦) إيفامى - المرجع السابق - ص ١١٠ وما بعدها .

(٣٧) دأب الإنجليز على التمييز بين ما هو أوروبى بأن أطلقوا على الأخير لفظ القارى Continental وهو ما يمكن رد منشأة للقارة الأوروبية تميزاً عما يرتد بأصوله إلى الجزر البريطانية .

هوامش

وتضم هذه النظم القانونية القارية النظامين اللاتيني والجرماني، وهي المدرسة التي ينتمي إليها القانون المصري. ولقد كان الفقه والقضاء المصريين علامات مضيئة في إثراء الفكر القانوني لهذه المدرسة .

(٣٨) وضع العين المبيعة تحت تصرف المشترى بما يمكنه من الانتفاع بها هو عين التسليم .

(٣٩) كان البيع في القانون الروماني عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل كان الذي ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون : الإشهاد أو التنازل القضائي أو القبض أو التقادم . وكل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل إلى المشترى حيازة هادئة يضع بموجبها يده على المبيع كمالك دون أن يتعرض له أحد أو يتعرض له البائع نفسه . ثم انتقلت أحكام القانون الروماني في هذا الصدد إلى القانون الفرنسي القديم، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يرتب إلتزاما بنقلها . وبقي من طرق نقل الملكية القبض وحده . وكان البيع ينقل للمشترى حيازة هادئة. وبقي الحال على ذلك حتى أن الفقه في ذلك الحين كان يعرف البيع بأنه عقد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بأن ينقل للآخر شيئا يحوزه هو كمالك لقاء ثمن. إلا أن تطورا طرأ على هذ الفكر إذ أصبح البيع سبيلا غير مباشر لنقل الملكية ؛ لأن التعامل جرى على أن تنتقل الملكية بالقبض . وسارت العقود تتضمن دائما نصا فيها يفيد أن القبض قد تم ، فتنتقل الملكية بهذا القبض الصورى إلى المشترى، وهكذا أصبح البيع يرتب - عملا - نقل الملكية .

وحينما وضع تقنين نابليون خطأ واضعوه خطوة أخرى بأن جعلوا البيع يرتب إلتزاما على البائع بنقل الملكية ، وإن كانت بعض النصوص قد ظلت متأثرة بالقانون القديم فعرفت المادة ١٥٨٢ البيع بأن إلتزام أحد المتعاقدين بتسليم المبيع نظير ثمن. ولكن ذلك لم يمنع من أن البيع صار يرتب نقل الملكية وإن كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع . ثم جاء التقنين المدني المصري القديم والجديد فجعل البيع مرتباً لإلتزام بنقل الملكية إلى المشترى .

السنهوري ، عبد الرزاق أحمد . - الوسيط . - الجزء الرابع ، العقود التي تقع على الملكية، البيع . - ١٩٦٠ ص ٤٠٦ وما بعدها .

(٤٠) السنهوري ، عبد الرزاق أحمد . - المرجع السابق ص ٥٨٦ وما بعدها . - والوسيط، الجزء الثاني ص ٧٨٢ وما بعدها .

(٤١) ومثال ذلك شحنة الأغنام المحدد بالذات ، فإن ملكيتها تنتقل للمشترى بمجرد تعيين عددها ومواصفاتها . فإن زادت بالميلاد فالثمرة للمالك .

(٤٢) فهلاك عدد من الأغنام المشحونة على الحائز. فإن كانت سلمت للمشترى بتظهير المستندات كانت على المشترى، وإلا فإنها على البائع.

(٤٣) ولا يعني ذلك أن مدرسة القانون المدني غير مدركة لإرتباط السند بعقود البيع البحرى ، بل على العكس، وإنما هي قد حددت نطاق وظيفة السند في تسليم المبيع المشحون ، كما سيبين .

(٤٤) طه مصطفى كمال - الوجيز في القانون البحرى .- ١٩٧٤، منشأة المعارف ص ٢٤٠. القليوبي ، سميحة . - القانون البحرى. - ١٩٨٢، دار النهضة العربية .

هوامش

(٤٥) Le connaissement represent la marchandise chargee et que le porteur du connaissement a un possession fictive ou symbolique. Le connessement et la lettre de Voiture maritime. Ligonie, j.A.M. P. 30.

(٤٦) الطعن ١٤٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٨ عن حسنى، أحمد.- قضاء النقض البحرى.- ط ٢.- منشأة المعارف . - ص ٥٦.

(٤٧) قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ، ويشير إليه ليجونى :

La jurisprudence observent l'interet de cette transformation, a oeuvre dans la meme sens declarant que la connaissement represent les marchandises chargees et que le porteur du connaissment a une position fictive et simbolique. Cass. Civ. 31 Mar. 1892 - S- 94- 1- 81.

(٤٨) يشير د. أحمد حسنى إلى أن الفقه الألمانى يطلق على الربان عبارة «أجير الحيازة» بحيث يكون للربان حيازة مباشرة ولحامل سند الشحن حيازة غير مباشرة .

حسنى، أحمد . - البيوع البحرية . - ط ٢ ص ٤٠.

ويشير الفقيه الكبير الأستاذ ريبير Ripert لهذا الفقه الألمانى شارحاً معنى مصطلحى الحيازة المباشرة والحيازة غير المباشرة مبينا الفارق الفنى الدقيق بين مفهوم أجير الحيازة وبين مفهوم الحائز العرضى فيقول :

Ou bien la personne qui detait pour le compte d'autrui est un employe du possesseur, prepose sous ses ordre, qui agit pour son compte ou sa direction: On appelle cette personne, en Allmend, le Serviteur de la possession et on dit q'elle a une possession derivee ou indirecte ou bien la personne qui detait pour le comote d'autrui est indipendante du possesseur mais liee a lui par un contrat en ce qui concerne la detention de la chose, par example le depositeur et l'emprunteur; en Droit fransais, nous donnons a cette personne le nom tecnique de detenteur precaire.
Ligonie.- P. 30.

وهذا التمييز الذى يقول به الأستاذ ريبير بين خادم الحيازة وبين الحائز العرضى، باعتبار أن الأول يحوز حيازة مشتقة من حيازة الحائز الأصلى، ومتبع لتعليماته بشأنها بحيث يكون موظفا لدى الحائز لخدمة الحيازة، بينما الحائز العرضى هو شخص لا يحوز العين كخادم للحيازة، وإنما قد حازها بموجب عقد منحه حيازتها لأسباب لا ترجع لخدمة هذه الحيازة وإنما قد ترجع لإنتفاع هذا الأخير بها. ففى هذه الحالة الأخيرة يكون الحائز عرضيا .

فهذا التمييز بين خادم الحيازة والحائز العرضى يؤيد وجهة النظر التى نذهب إليها وهى أن الحيازة الرمزية إنما تنصرف إلى الحيازة المادية بحيث يكون حامل سند الشحن حائزا ماديا للبضاعة ولكن بطريق الحيازة الرمزية، بينما الربان وقد أحرزها ماديا كخادم للحيازة وليس حائزا عرضيا، وحيازته مشتقة من الحيازة المادية لحامل السند . فهو فى خصوص سيطرته على العين (البضاعة) فى مركز أو هى وأقل مرتبة

هوامش

من مركز الحائز العرضى.

(٤٩) الركن هو عنصر فى الحكم، ويتوقف عليه وجود الحكم فيلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم .

(٥٠) La premiere condition que doit remplir le titre representatif est de definir la marchandise a le quelle il se rapporte........ impose donce de mention precises a porter sur connaissement. C'est ainsi le nombre de colis, les marques, la conditionnement apparent d'expedition doivent etre consignes sur ce document. Ligonie.

(٥١) لذلك لا يعد سند الشحن الإسمى ممثلاً للبضاعة ولا قائما مقامها، وذلك لانتفاء بيان الإذن أو الأمر عنه. ولكن السند لحامله يمثل البضاعة لسهولة تداوله .

(٥٢) الحكم محل هذه الدراسة الصادر فى الطعن ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق والقائل بأن التظهير التام تظهير ناقل للملكية بالنسبة للحقوق الثابتة بالسند.

(٥٣) سبقت الاشارة لهذا الحكم وفيه تقول المحكمة: «.... إلا أنه أيضا أداة ائتمان فهو يمثل البضاعة المشحونة ذاتها ويقوم مقامها بحيث تندمج البضاعة فى السند ويعتبر حامله بمثابة حائز للبضاعة وإن كانت هذه الحيازة حيازة رمزية ....».

الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٤٠ ق بجلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ عن حسنى، أحمد. - قضاء النقض البحرى. - ص ٥٦.

(٥٤) حسنى، أحمد . - قضاء النقض البحرى . - ص ١٢٩.

(٥٥) بمقدمة هذه الدراسة .

(٥٦) على حد تعبير المحكمة .

(٥٧) نقض فى الطعن رقم ٤٤٨ للسنة ٣٠ ق بجلسة ١٩٦٦/١/١١ وكذا نقض ١٩٧٩/٦/٧ فى الطعن ٢٥٠ للسنة ٤٥ ق والطعن ١٤١٩ لسنة ٥٠ ق بجلسة ١٩٨٤/٥/٢١.

(٥٨) الطعن ٣٦٦ للسنة ٢٧ قضائية .

(٥٩) لم يجادل الفقهاء هذا الرأى فيما ذهب اليه، وإن أشاروا إليه فى مؤلفاتهم عقب بيان قضاء النقض محل الهجوم فكان ذلك منهم بمثابة تأييد ضمنى مشايع لهذا الاتجاه. ولم ينتصر أحد لقضاء النقض محل النقد، وإن اكتفى قليلون من الفقهاء ببيان حكم النقض بإعتباره المبدأ القانونى السائد دون إشارة للنقد الموجه له.

(٦٠) طه، مصطفى كمال . - الوجيز فى القانون البحرى . - الفقرة ٣٠٣. الشرقاوى، محمود سمير . - ط ١٩٧٨ . - الفقرة ٢٥٠.

(٦١) عباس، محمد حسنى . - الأوراق التجارية . - ط ١٩٧١. - ص ٢١.

هوامش

(٦٢) عباس، حسنى . - المرجع السابق.- ص ٦٦.

(٦٣) الطعون ٢٤٦ و ٢٤٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٧ و ٥٢٣ و ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ و ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠.

(٦٤) فيقول د. حسنى عباس: والرأى مستقر على أن الشيك للأمر إذا ظهر على بياض كان قابلا للتداول بمجرد التسليم. «وأشار إلى المادة ٨ من قانون الأوراق التجارية الإنجليزى الصادر سنة ١٨٨٢ التى تنص على أن الشيك يكون لحامله متى تضمن تعبيرا دالاً على ذلك أو متى كان التظهير الأخير على بياض».

ويقول بخصوص الكمبيالة، التى قيل بأن قواعد تظهيرها تسرى عليها المواد ١٣٤ وما بعدها. وأن تظهيرها تظهيرا تاما ناقلا للحقوق الثابتة فيها يخالف تظهير الشيك تظهيرا ناقلا للحقوق الثابتة فيه. يقول : بأن تظهير الكمبيالة على بياض يرتب نتائج منها اجازة تداولها بالتسليم. وهذا القول يعنى أن القاعدة التى إختصت بها محكمة النقض الشيك دون الكمبيالة وجعلها القانون البحرى حاسمة لتداول سند الشحن تداولا ناقلا للحقوق الثابتة فيه وهى كفاية التوقيع على بياض تسرى بدورها على الكمبيالة فى حالة توقيعها على بياض.

عباس، حسنى . - الأوراق التجارية . - ط. ١٩٧١. ص ٣٠٦ و ٩٢.

(٦٥) ولذلك فهى مستقرة فى الشرائع القانونية الأخرى. ففى قضية The Delfini يعلق G. H. Treitel وهو Queen's Council:

..... Bills of lading were issued by her master evidencing the shipment of 245400 metric tonns of oil for shipment to Gela; the bills named Sonatrach as shipper and were later endorsed by Sonatrach to Venol in blank, thus becoming bearer documents.

Lloyd's Maritime and Commercial Quarterly.



ميراث الأم مع الأدلة والأمثلة

للسيد الأستاذ / عبد المعز أحمد حسن عامر - المحامي

الأم لها ثلاث حالات في الميراث :

الحالة الأولى :

١ - تأخذ السدس فرضًا وذلك في الأحوال الآتية :

أ - إذا كان للميت فرع وارث والفرع الوارث هو الابن أو ابن الابن مهما نزل والبنت وبنت الابن .

الدليل :

قوله تعالى : في سورة النساء الآية رقم (١٠) : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ﴾ .

الشرح :

نلاحظ أن الآية تقول (ولأبويه) أي أب الميت أو أم الميت .. إن كان له ولد والمقصود بالولد هو الذكر أو الأنثى فيكون نصيب الأم هو السدس . وهي معلقة على شرط وجود الولد فإن تحقق الشرط وهو وجود الولد فيكون السدس وهو نصيب الأم والشرط هو (إن كان) .

الأمثلة

توفي وترك ٣٠ ثلاثون قيراطًا وصية ومنها قيراطين دين على الميت أي بيع قيراطان لسداد الديون . ومنها قيراطين لتجهيز الميت وتكفينه وترك ورثة هم : (أم - ابن) .

التوزيع :

نخرج ما على التركة من دين ووصية وتجهيز جملة ما على التركة = ٢+٢+٢=٦ الباقي بعد الديون والوصايا والتجهيز = ٣٠-٦=٢٤ .

نصيب الأم لأنها صاحبة فرض وصاحب الفرض يأخذ حقه قبل العاصب :

اذن = ٢٤÷٦=٤ نصيب الأم .

الباقي بعد أصحاب الفروض = ٢٤ - ٤ = ٢٠ وهو نصيب الابن .

مثال آخر :

توفي وترك ١٨ جنيهًا وترك ورثة هم (أم - بنت - عم) .

الأم السدس - البنت النصف - العم الباقي

نصيب الأم = ١٨÷٦=٣ صاحبة فرض .

نصيب البنت = ١٨÷٢=٩ صاحبة فرض بالنصف .

جملة أصحاب الفروض = ٣+٩=١٢ .

الباقي وهو نصيب العم = ١٨-١٢=٦ .

مثال آخر :

توفي وترك تسعة أفدنة وترك ورثة وهم :

أم - ابن - ابن - ابن

الأم السدس - الأبناء الباقي

نصيب الأم = ٩÷٦= ١,٥ .

الباقي لثلاثة أبناء = ٩-١,٥=٧,٥

مثال آخر :

توفى وترك ١٢ فدانًا وترك ورثة هم :

أم - بنت ابن - ابن عم

الأم السدس - بنت الابن النصف - ابن العم الباقى

نصيب الأم = ١٢÷٦=٢

نصيب بنت الابن = ١٢÷٢=٦

جملة أصحاب الفروض = ٢+٦=٨

الباقى لابن العم عصبة = ١٢-٨=٤

وهكذا يكون للأم السدس مع الفرع الوارث الذكر مهما نزل والبنت وبنت الابن .

الحالة الثانية

تأخذ الأم السدس عند الأخوة واثنين فأكثر من أى جهة كانوا وارثين أم محجوبين .

الدليل :

﴿ فإن كان له اخوة فلأمه السدس ﴾ .

نلاحظ فى هذه الآية أن لفظ الأخوة ورد عامًا دون تخصيص بالأخوة الأشقاء أو الأخوة لأم أو أخوة لأب . ولذلك يظل على عمومه ما لم يكن له ما يخصصه .

ولقد وردت الآية مطلقة دون قيد العدد الا أن السنة قيدت العدد من الأخوة بأن يكون باثنين فأكثر .

أما قيد السنة قوله ﷺ «الاثنان فما فوقهما جماعة» .

ولأن القرآن الكريم أطلق الاثنين على الجمع والجمع على الاثنين .

فيقول تعالى :

﴿ إن تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما﴾ .

وكذا قوله تعالى :

﴿ قالوا لا تخف خصمان بغا بعضنا على بعض﴾ .

وجاء فى لغة العرب :

يحيى بالسلام غنى القوم
ويبخل بالسلام على الفقير
أليس الموت بينهما سواء
اذا ماتوا وصاروا فى القبور

بمعنى أننا نجد أن القرآن الكريم والسنة النبوية ولغة العرب جعلت الاثنين جمعًا . وعلى ذلك تكون الآية قيدت أو خصصت باثنين من الأخوة من أى جهة كانوا .

من الأم - أو الأب - أو الأم والأب .

أمثلة

(١) توفى وترك ١٢ قيراطًا :

أم - أخ شقيق - أخ لأب

الأم السدس - الأخ الشقيق الباقى - أخ لأب محجوب بالأخ الشقيق

نصيب الأم = ١٢÷٦=٢

الباقى وهو الأخ الشقيق = ١٢-٢=١٠

نلاحظ هنا أن اثنين من الأخوة جعلا الأم تأخذ السدس فقط .

(٢) توفى وترك ١٢٠ مترًا من الأرض المبانى وترك ورثة هم :

أم - أخت شقيقة - أخت لأب - عم

الأم السدس - الأخت الشقيقة النصف - أخت لأب السدس تكملة للثلثين - العم الباقى

نصيب الأم = ١٢٠÷٦=٢٠

نصيب الأخت الشقيقة = ١٢٠÷٢=٦٠

نصيب الأخت لأب = ١٢٠÷٦=٢٠

جملة أصحاب الفروض = ٢٠+٦٠+٢٠=١٠٠

الباقـــى = ١٢٠-١٠٠=٢٠ للعم .

(٣) توفى وترك ١٢٠ جنيه :

أم - أخت شقيقة - أخ لأم - أخ لأب

الأم السدس - أخت شقيقة النصف - أخ لأم السدس - أخ لأب الباقى

نصيب الأم = ١٢٠÷٦=٢٠

نصيب الأخت شقيقـــة = ١٢٠÷٢=٦٠

نصيب الأخ لأم = ١٢٠÷٦=٢٠

جملة أصحاب الفروض = ٢٠+٦٠+٢٠=١٠٠

الباقى وهو للأخ لأب ع = ١٢٠-١٠٠=٢٠

(٤) توفى وترك ١٨ فدانًا وترك ورثة وهم :

أم - أخ شقيق - أخ لأب - أب

الأم السدس - أخ شقيـــق محجوب بالأب - أخ لأب محجوب للأب - الأب الباقى

نصيب الأم = ١٨÷٦=٣

الباقـــى وهـــو الأب= ١٨-٣=١٥

ونلاحظ هنا أنه على الرغم من حجب الأخ شقيق والأخ لأب بالأب الا أنها أخذت السدس فالأخوان حجباهـا حجب نقصان بالرغم من أنهما محجوبان .

(٥) توفى وترك ٩ أفدنة وترك ورثة هم :

أم - أخ شقيق

الأم الثلث - أخ شقيق الباقى

نصيب الأم = ٩÷٣=٣

الباقى وهو للأخ شقيق = ٩-٣=٦

نلاحظ هنا أنه أخ واحد فلم يحجبها بل أخذت الثلث وهكذا نرى أنه اثنين من الأخوة من أى جهة كانوا وارثين أم محجوبين يؤثر على الأم من الثلث الى السدس .

الحالة الثالثة

تأخذ ثلث التركة :

وذلك إذا لم يكن هناك فرع وارث أو اثنين من الأخوة .

الدليل :

قوله تعالى : ﴿ فإن لم يكن له ولد وورثه ابواه فلأمـه الثلث ﴾ .

ففى هذه الآية نجد أن الحق تبارك وتعالى لقوله فإذا انعـدم الفـرع الـوارث زانحصرت الوراثة فى الأب والأم فقط فيكون نصيب الأم الثلث .

أمثلة على هذه الحالة

(١) توفى وترك ٩ أفدنة وترك ورثة هم :

أم - أب

نصيب الأم = ٩÷٣=٣

الباقى وهو نصيب الأب = ٩-٣=٦

وهذا فى الحقيقة توزيع عادل جداً وكأنه الحق تبارك وتعالى يريد أن يقربها من قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين .

وليس شرطًا أن تكون الأم على ذمة هذا الأب أى أبو الميت فربما يموت الميت وتكون الأم مع رجل آخر خلاف ذلك الأب .

(٢) توفى وترك ٦ أفدنة وترك ورثة وهم :

أم - أب - أخ

الأم الثلث - الأب الباقى - الأخ محجوب حجب حرمان

نصيب الأم = ٦÷٣=٢

نصيب الأب = ٦-٢=٤

نلاحظ أنه أخ واحد فلم يؤثر فى نصيب الأم .

الحالة الرابعة

ثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين وذلك فى مسألتين فقط هما الفرضاويين .

الدليل :

والدليل هنا فنى يحتاج الى تأمل وهو :

(١) أن الله سبحانه وتعالى ذكر الأم مع جميع الورثة فذكرها مع الولد أى الفرع الوارث وذكرها مع الأخوة .. ولم يذكرها مع الزوج أو الزوجة فممكن أن تكون فى قوله تعالى : ﴿ وورثه أبواه ﴾ يدخل معها أحد الزوجين .

(٢) لو أعطيت الثلث كاملاً لفاقت الأب وهذا غير معهود فى شريعتنا الغراء مما جعل سيدنا زيد بن ثابت يقول (أقول برأيى لا أفضل أمًا على أب ومن هنا يكون نصيب الأم الثلث بعد فرض أحد الزوجين) .

أمثلة

(١) توفى وترك ١٢ فدانًا وترك ورثة هم :

أم - زوجة - أب

الأم الثلث - الزوجة - الربع - الأب الباقى

نصيب الزوجة = ١٢÷٤=٣

الباقى بعد الزوجة = ١٢-٣=٩

نصيب الأم = ٩÷٣=٣

الباقى وهو للأب = ٩-٣=٦

هنا نلاحظ أن الأب ضعف الأم وهو العدل والجمال فى الشريعة الغراء .

(٢) توفى وترك ١٢ فداناً وترك ورثة هم :

زوج - أم - أب

الزوج النصف - الأم الثلث الباقى - الأب الباقى

نصيب الزوج = ١٢÷٢=٦

الباقى بعد الزوج = ١٢-٦=٦

نصيب الأم = ٦÷٣=٢

الباقى وهو للأب = ٦-٢=٤

فلو فرضنا أن الأم أخذت ثلث التركة . لكان الآتى :

الزوج = ٦ - الأم = ٤ - الأب =٢

وهذا غير معهود فى شريعتنا الغراء ولذلك تأخذ الأم ثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين .

الجدات

١ - سلوى أم أب أب لمحمود .

٢ - سعدى أم أم أب لمحمود .

٣ - فاتن أم أب أم لمحمود .

٤ - هيام أم أم أم لمحمود .

٥ - الجدة فاتن ليس لها ميراث من محمود لأنها جدة فاسدة لأنه وقع بينها وبين محمود خالد وهو جد فاسد .

٦ - الأم سعاد تحجب جميع الجدات عند وفاة محمود قاعدة القربى تحجب البعدى .

٧ - ليلى عند غياب سعاد ووفاة محمود تحجب جميع الجدات وهن (سلوى - وسعدى - وهيام) .

٨ - إن وجدت هند (أم أب) مع ليلى (أم أم) يأخذا السدس .

٩ - عند وفاة محمود ووجدت سلوى + سعدى + هيام يشتركن الثلاثة فى السدس .

١٠ - هند تحجب سلوى وسعدى عند المالكية وعند الأحناف تحجب هند (سلوى

وسعدى وهيام) حسب قاعدة القربى تحجب البعدى فى الأمهات أما عند المالكية فلا تستطيع القربى من جهة الأب أن تحجب البعدى من جهة الأم . بل تشترك معها .

أمثلـة

(١) توفى محمود وترك :

أم – أم أم – أم أب

الأم الثلث – أم الأم وأم الأب محجوبتان بالأم

فالأم هنا تحجب (أم أم +أم أب)

(٢) توفى محمود وترك :

أم أب – أم أم فهما مشتركان فى السدس .

(٣) توفى محمود وترك :

أم أم – أم أب أب

أم أم هنا السدس وتحجب البعدى وهى أم أب أب .

(٤) توفى محمود وترك : أم أب – أم أم أم

هنا خلاف

عند الأحناف القربى وهى أم أب تحجب أم أم أم وتأخذ السدس وحدها . وعند المالكية تشتركان فى السدس .

(٥) توفى محمود وترك أم أم – أم أب أب

عند الجميع القربى تحجب البعدى وأم أم تأخذ السدس وحدها .

وهل المالكية معهم الحق فى فأم الأم وأصلها وإن علا هن أوفر شفقة على محمود لأنه لو فرضنا قياسًا على الحضانة فأم الأم مهما علت فهى أحق بالحضانة من الجدة التى من جهة الأب .

فلو تنازعت هيام الحضانة لمحمود مع هند فالقاضى يدفعه الى هيام وهى أم أم أم بالرغم من بعدها عن هند وهى أم أب لوفور الشفقة مع هيام . لأن حضانة محمود تكون لسعاد .. ثم الى ليلى .. ثم الى هيام ... الخ وإن لم يوجد فإلى هند .

والله ولى التوفيق

تمت بحمد الله

وإلى لقاء مع الأخوة لأم

هوامش

(١) الدكتور/ مصطفى شحاتة . المواريث وفق القانون الجديد كلية الشريعة والقانون .

(٢) المرحوم الشيخ أبو زهرة .

(٣) فتح القدير .

(٤) الكواكب الدرية لفقه المالكية .

(٥) أبو بكر الجزائرى فى الميراث .

(٦) كشف النقاب أبو بكر الجزائرى .

مشروعية التصرف فى جسم الآدمى فى القانون الوضعى والفقه الإسلامى

للسيد الدكتور / سعيد عبد السلام
كلية الحقوق - جامعة المنوفية

مقدمة :

لقد أوشك القرن العشرين على الإنتهاء ولازالت الأبحاث مستمرة حول أعضاء الجسم البشرى . ولازال الجدال مستمرا بين فقهاء القانون الوضعى وعلماء الشريعة الاسلامية بين مجيز للتعرف سواء كان بالبيع أو الهبة أو الوصية وبين منكر لهذه التصرفات . ويرجع هذا الجدال إلى حقيقة الجسم البشرى الذى خلقته الإرادة العليا التى تسمو على فكر البشر المادى . فهذا الخلق بدأ من العلقة ثم من المضغة ثم عظاما ثم كسى العلى القدير هذه العظام لحما . فالجسم هو السياج الذى تتجسد فيه الروح[1] .

ولقد أحدث التطور الطبى فى هذا العصر الحديث ضجة علمية حول مشروعية التصرف فى هذا الجسم البشرى . وخصوصا إزاء النجاح الفائق الذى حققته عمليات نقل عضو من شخص سليم إلى شخص مريض كما هو الحال فى عمليات ترقيع القرنية أو زرع الشعر أو نقل الكلى أو زرع القلب وإلى غير ذلك من العمليات غير المألوفة فى النطاق الطبى .

كل ذلك أدى إلى تطويع هذا الجسم البشرى لكى يكون مجالا خصبا لمثل هذه التصرفات الخطيرة . وإزاء هذه المخاطر التى تهدد كيان الانسان . أصبح القانون فى خدمة الإنسان . فلم ينظر إليه على أنه صاحب الحق فى هذا الجسد وإنما نظر إليه نظرة شمولية أى نظرة قانونية شاملة لحماية هذا الجسم البشرى فى كيانه المادى والمعنوى ومشاعره وعواطفه وصورته وحياته الخاصة وكذلك الأسرار وأخص هذه النظريات فى القانون المدنى المصرى هى حق الإنسان فى وقف الاعتداء على أى حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية . وفى مجال حماية الكيان المادى للإنسان حرص القانون على حماية الجسم ضد أى اعتداء يقع عليه من الغير . وقد امتدت هذه الحماية إلى نطاق حماية الشخص ضد تصرفه فى جسمه . وهو ما سيكون موضع هذا البحث . وسيرا وراء الاتجاهات التى أبرزت أهمية هذه الدراسة وكان لها الفضل والسبق المعنى فى هذا الشأن فإننا آثرنا على أن تكون هذه الدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى . ونشير بادىء ذى بدء إلى أن هذه الدراسة ليست دراسة نظرية بحته وإنما لها صدى فى الحياة العملية وتلك الأهمية العملية تتأتى مما نسمعه ونقرأه فى حياتنا اليومية سواء كان فى الصحف أو الاعلانات عن شخص يريد من يتبرع له بإحدى كليتيه مقابل مبلغ من المال يصل إلى آلاف الجنيهات .

فيجب على رجال القانون ايضاح حقيقة هذه الظاهرة التى طفت على سطح الحياة اليومية وخصوصا عندما حققت عمليات نقل وزراعة

الأعضاء البشرية شوطا هائلا فى النجاح المستمر لها .

الأهمية العلمية لمشروعية التصرف فى جسم الآدمى :-

لايستطيع رجل القانون الذى يريد أن يواكب التقدم الحضارى الحديث أن ينكر أهمية البحث فى مدى مشروعية تصرف الإنسان فى أحد أعضاء جسمه . وذلك لما ظهر مؤخرا فى العصر الحديث من تقدم طبى هائل فى نقل عضو من جسم شخص حى أو ميت إلى شخص آخر حى . وذلك لكى ينتفع به شخص مريض . كل ذلك لأن العلوم الطبية على تقدمها الحديث لم تستطيع أن تعتمد على الأجهزة الصناعية كالقلب الصناعى أو الكلى الصناعية . فلم يصل هذا التقدم إلى زرع مثل هذه الأجزاء الصناعية فى جسم الانسان حتى نهاية المطاف[٢] . والمشكلة الحقيقية التى تصادف الأطباء الذين يعملون فى هذا المجال هى أنه لم يتم التوصل إلى الآن بصفة قاطعة إلى طريقة لحفظ أعضاء الجسم البشرى بعد الوفاة . فهناك مثلا أعضاء فى جسم الانسان لايمكن بأى حال من الأحوال الحفاظ عليها . وهناك مشكلة أخرى أكثر تعقيدا ألا وهى طرد الجسم البشرى للأعضاء الغريبة عنه . الأمر الذى دعى هؤلاء الباحثون فى مجال الطب الحديث إلى الاتجاه نحو جسم الانسان الحى . وهو أمر لا مفر منه . فهم يريدون مزيدا من التقدم الطبى فى هذا المجال حتى ولو فى مقابل التضحية بالمبادىء الانسانية .

فأصبح من الأهمية بمكان البحث فى مدى مشروعية هذا المساس بجسم الآدمى الذى يعتبر الحقل الخصب الذى يلجأ إليه الطبيب للحصول على قطع الغيار البشرية إذا جاز هذا التعبير .

فى حقيقة الأمر لاقت عمليات زراعة ونقل الأعضاء رواجا شديدا فى تلك الآونة من هذا القرن الحديث . فهذا الرواج يستحق من رجال القانون وخصوصا الفقه باعتباره صاحب النظر الثاقب فى معالجة الظواهر القانونية التى يعيشها الانسان كى لاتقع هذه الظاهرة فمعالجة هذه الظاهرة الحيوية يتم بالتعاون والوفاق بين رجال الطب ورجال القانون . كى يمكن وضع هذه العمليات فى إطارها القانونى السليم مما يحقق سعادة البشر فالطب يقدم الوسائل الفنية ورجل القانون يقدم المسار الصحيح الذى يرسمه القانون كى تصبح هذه الظاهرة لاتقع تحت طائلة المسئولية سواء كانت مسئولية جنائية أم مسئولية مدنية . وذلك حتى لايكون هذا التقدم الطبى على حساب إهدار حقوق البشر . فنحن نقرأ كثيرا فى هذه الأيام عن حوادث خطف أحد الأشخاص[٣] ليس للاعتداء عليه جنسيا أو الاستيلاء على أمواله وإنما لنزع إحدى كليتيه مثلا لبيعها لشخص آخر مريض . تلك المشاكل التى تنتج عن إباحة التعرف فى أعضاء الجسم البشرى يجب التصدى لها بحزم حتى لاتتفاقم وذلك لايكون إلا بتدخل رجال القانون لوضع الإطار السليم لممارسة مثل هذا العمل .

ونشير بداءة إلى أن هذه الدراسة ليست كما سبق أن ذكرنا دراسة نظرية بحته لاجدوى منها ففى مصر على وجه الخصوص تقدم الطب إلى حد بعيد وقطع شوطا هائلا فى مجال عمليات زرع الكلى وترقيع القرنية والجلد . والذى

يسترعى الانتباه أننا نجد من يعانى من مرض يحتاج إلى نقل أحد أعضاء الجسم البشرى مثل الكلية أو القرنية يعلن على ملأ فى الصحف اليومية ولاحياء فى ذلك أنه مطلوب التبرع بكلية مقابل مبلغ مجزى . ومن أجل ذلك يجب ربط هذا البحث بالواقع العملى . فكل هؤلاء الأطباء الذين يجرون تلك العمليات الخطيرة فى حاجة لمعرفة حقوقهم وكيفية حماية أنفسهم من طائلة المسئولية بنوعيها جنائية ومدنية ومدى اتساق هذه التصرفات مع أحكام الشرع الحنيف كى توضع الأمور فى نصابها الصحيح . وأبلغ دليل على ذلك ما قرأناه فى الصحف اليومية(٤) من سؤال نقابة الأطباء المصرية الموجه إلى السيد مفتى جمهورية مصر العربية والذى تفضل فضيلته بالتصريح حول هذا الموضوع وسنعرض له فى حينه .

«مجال البحث»

لقد أثارت نصوص القانون الوضعى سواء كانت فى الدول العربية أم الدول الأوربية خلافات حادة بين رجال القانون وعلماء الفقه الاسلامى حول إباحة تنازل الشخص عن جزء من جسمه . فقد نظم المشرع المصرى فى القانونين ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ الخاص ببنك الدم والقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص ببنك العيون . ونظم المشرع السورى زرع الأعضاء فى القانون ٣١ لسنة ١٩٧٢ عملية زرع الأعضاء البشرية ونقلها من انسان حى إلى آخر حى مريض . وكذلك التشريع الكويتى رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ بشأن عمليات زرع الكلى للمرضى(٥) .

وفى الدول الأجنبية مثل فرنسا صدر قانون فى ١٩٤٩/٧/٧ يبيح التصرف فى قرنية العين وأصبح فى فرنسا العديد من البنوك لمختلف أجزاء الجسم البشرى . ويباشرون مهامهم تحت ادارة السلطة العامة . كل ذلك يشير إلى إقرار التصرف فى أعضاء الجسم البشرى . فكل هذه التشريعات سواء على المستوى العربى أو الأجنبى أباحت فى نصوص القانون الوضعى التصرف فى أعضاء الجسم البشرى . الأمر الذى يؤكد بصفة منستديمة على أن هذا التصرف مشروع . فيمكن للشخص أن يوصى بجزء من جسمه بعد الوفاه . ويمكنه أن يتصرف فيه حال الحياة .

ولقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية فى حكم قديم لها(٦) . «أن كل شخص يستطيع أن يتصرف فى جثته كما يستطيع أن يتصرف فى أمواله . كل ذلك دون أن تدخل الجثة فى التجارة أو المعاملات » فالتصرف لايكون الا لأغراض صحية أو علمية .

«خطة البحث»

يتناول هذا البحث ثلاثة فصول هى :-

الفصل التمهيدى : سلطة الانسان على جسده .

الفصل الأول : التصرف فى جسم الانسان الحى والميت والأساس القانونى لذلك .

الفصل الثانى : سلطة الانسان على جسده فى الفقه الاسلامى .

الفصل التمهيدى
سلطة الإنسان على جسده

تمهيد :-

لقد كثرت الاتجاهات القانونية فى نظريات الحق خاصة ما يتعلق منها بالحقوق الشخصية وخصوصا التى

تتعلق بشخص الإنسان . وقد اتخذ كل من القانون الجنائى والدستورى فى البداية موقفا صلبا نحو حماية الكيان الجسدى للإنسان وقاما بتنظيم العقاب اللازم لمن يرتكب فعلا مخلا بهذه الحماية .

غير أن القانون ما لبث أن تخلى عن هذه الحماية نظرا للتطور الحديث فى علوم الطب ومفاهيم المجتمعات الأمر الذى سمح بالمساس بكيان الانسان . فقد نادى البعض بمبدأ الحرية المطلقة لجسد الانسان ؟ وأوضح التشريع مظاهر لتلك الحماية . ولكن قبل الدخول فى عدم المساس المطلق لجسد الانسان ينبغى أن نوضح ما المقصود بجسد الآدمى الذى يكون له هذه الحرية المطلقة . ومامدى مشروعية المساس به والأساس القانونى لتبرير ذلك ومن ثم ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هى :-

المبحث الأول : المقصود بجسد الآدمى الواجب حمايته قانونا .

المبحث الثانى : مدى مشروعية المساس بجسم الانسان .

المبحث الثالث : الاساس القانونى لتبرير التصرف فى جسم الآدمى .

المبحث الأول : المقصود بجسد الآدمى الواجب حمايته قانونا .

يقصد بالإنسان فى مجال الدراسة القانونية الشخص الطبيعى أو الذات الناطقة(٧) فالانسان يتكون من عنصرين أساسيين : الجسد والروح فجسم الإنسان بمفرده لايمكن أن يكون شخصا كما أن الحياة لايمكن أن توجد إلا فى الجسد . فلوجود الانسان لابد من أن يتحد الجسد مع الروح التى تعطى لهذا الجسد الحياة والأهمية الوجودية من حيث الواقع المادى . وقد حسم بعض الفقهاء أعضاء جسم الآدمى إلى ثلاثة أقسام(٨)

القسم الأول : أعضاء يابسة .
القسم الثانى : أعضاء سائلة .
القسم الثالث شعر الآدمى وقد برد هذا الجانب من الفقهاء هذا التقسيم بقوله أن على هذه الأقسام تدور أسئلة المسلمين مثل هل يجوز للشخص أن يستخدم عضوا في جسمه أو يتبرع به لشخص آخر مريض يضطر إليه وهل ذلك يدخل فى نطاق سلطة الانسان على جسده .

وأول ما يتبادر إلى الذهن عند بحث سلطة الانسان بالتصرف فى جسده هل جسم الانسان قابل للتقديم بالمال كى يمكن أن يكون محلا للتصرف فيه أم هل جسم الإنسان اسمى من أن يقدر بمال .

تنازع الإجابة على هذا التساؤل مبدأين فلسفيين متضادين . المبدأ الأول : هو عدم قابلية جسم الإنسان للتقويم المالى نظرا لسموه . والمبدأ الثانى : ينادى بالحرمة المطلقة لجسم الانسان .

(أ) جسم الانسان أسمى من أن يقدر بمال .

كان النص فى القانون الرومانى «لايعتبر أحد مالكا لجسمه أو لأعضاء جسمه» ومن ثم أمكن استخلاص المبدأ الذى بموجبه يعتبر جسم الانسان أسمى من أن يقدر بمال . فلا مجال للتحدث عن قيمة الانسان أو قيمة عضو من أعضاء جسمه . فلا يجوز أن يشبه جسم الانسان بالشيىء وبالتالى لايمكن أن يدخل فى دائرة التعامل أو أن يقوم بمال(٩) .

وعندما صدر قانون اكويليا الشهير سنه ٤٦٧ لم يكن

يطبق فى حالات الاصابة أو الأضرار المادية التى تلحق بجسم الانسان الحر . وإنما كان يطبق فقط على الرقيق باعتبارهم من الأشياء النفيسة المملوكة للسيد . فهذا القانون لم ينظم الا بعض أحوال مسئولية الشخص عن اضراره بمال الغير .

ولقد ظل الاعتداء على جسم الإنسان الحر خارجا عن نطاق قانون اكويليا حتى منح البريتور الرجل الحر الذى يصاب بجرح حق المطالبة بغرامة عن طريق الدعوى المقيدة فبالرغم من أن المساس بجسم الإنسان لم يكن معتبرا من الأضرار المادية إلا أن البريتور سمح استنادا إلى قانون اكويليا بتوقيع الجزاء على من يعتدى على جسم الإنسان الحر . وبهذا تطور المبدأ الذى بموجبه كان يحرم الشخص من الحصول على تعويض الأضرار التى تصيب جسمه(١٠) .

والحقيقة أن هذا المبدأ لم يكن يستهدف منع تعريض الاضرار التى تصيب جسم الإنسان بقدر ما كان يستهدف إبراز سمو جسم الإنسان وعظمته والإشارة بقدرة خالقه . بل أن المحافظة على هذا الجسم الذى يتسم بنوع من القدسية المستمدة من كون الجسم من أروع ما خلق العلى القدير تستلزم منع الاعتداء عليه وكفالة حمايته بأنجح الوسائل .

(ب) مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان .

مقتضى هذا المبدأ أنه لايجوز المساس بتاتا بجسم الإنسان . لكن ماهو الأساس الذى يرتكز عليه هذا المبدأ وكيف يمكن استخلاصه .

أساس المبدأ .

وجدت ثلاث اتجاهات فى هذا الصدد لإرساء دعائم مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان أولا :- تأكيد المبدأ دون محاولة إيجاد أساس له :-

ذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسى(١١) إلى تأكيد هذا المبدأ الذى يقصد به بصفة عامة عدم جواز المساس بكل ما يمنع الدين مساسه - ويقصد به فى صدد دراستنا عدم جواز المساس بسلامة الجسم لتعارض ذلك مع مبادىء الدين لكنهم لم يحاولوا تبرير المبدأ باعتباره من المسلمات البديهية التى لاتحتاج إلى تأصيل لذلك يجب أن يكون مبدأ مطلقا وأى استثناء عليه لابد وأن تقره صراحة نصوص القانون .

ثانيا : هل يمكن أن يكون الإنسان موضوعا لحق عينى ؟

بالرغم من أن جسم الانسان لايعتبر من الأشياء إلا أن الجدال قد ثار لمعرفة ما إذا كان يمكن أن يكون جسم الإنسان محلا لحق عينى . ووجد فى هذا المجال اتجاهين : أولهما : يعتبر الإنسان مالكا لجسمه فله عليه حق ملكية وثانيهما : يرى أن الإنسان يعتبر صاحب حق انتفاع على جسمه . وسوف نعرض لكل اتجاه على حده .

«للانسان على جسمه حق ملكية»

كان من الطبيعى أن يتأثر التقنين المدنى الفرنسى الصادر غداة الثورة الفرنسية بالنزعة الفردية وما تعلنه من فكرة سيادة الفرد وحريته الكاملة ولذلك نجد أن المادة ٥٤٤ منه تعرف حق الملكية بأنه الحق فى التمتع والتصرف فى الأشياء بالطريقة الأكثر اطلاقا

فبلورت هذه الأفكار فى نطاق حق الملكية . ولذلك ظل فى الأذهان أن حق الملكية هو النموذج البارز للحق المطلق فمالك الشيء يملك أوسع السلطات ويتمتع بأكبر حماية ومن ثم فقد نادى البعض لتبرير عدم جواز الاعتداء على جسم الانسان بأن الانسان يعتبر مالكا لجسمه ويستطيع الإنسان التصدى فى مواجهة الكافة بحقه فى سلامة جسمه لكننا نذهب مع بعض الفقهاء إلى أن حق الإنسان فى سلامة جسمه لايتفق مع الخصائص العامة لحق الملكية[١٢] .

وذلك لأن من المسلم به أن جسم الانسان ليس من الأشياء لأن الملكية لايمكن أن يكون موضوعها إلا الأشياء . كما أنه من المتفق عليه فقها وقضاء[١٣] أن الإنسان لايستطيع أن يتصرف فى جسمه بالطريقة الأكثر اطلاقا فهناك طائفة من التصرفات لايمكن أن ترد على جسم الإنسان فهذا الرأى لايحمى جسم الإنسان ضد تصرفات الشخص لنفسه . والقول بوجود حق ملكية يستلزم أن يكون هناك مالكا أى أن يوجد صاحب الحق مستقل عن الموضوع الحق وطبيعة جسم الإنسان تتعارض مع ذلك حيث يتعدد صاحب الحق ومحل الحق[١٤] . كما أن حق الملكية في صورته الحديثة لم يصبح ذلك الحق المطلق . بل أصبحت له وظيفة اجتماعية من شأنها أن تورد قيودا عديدة على سلطة المالك المطلقة .

«للانسان على جسمه حق انتفاع»

أوضح هذا الاتجاه أن المحافظة على كل عضو من أعضاء الجسم ضرورية للمحافظة على سلامة الجسم ككل . ولذلك فالإنسان يجب عليه المحافظة على كل عضو من جسمه بالصورة التى تلقاها من الله . فالجسم مملوك ملكية رقبة لله . ولكن الله يسمح للإنسان بالتمتع وباستعمال جسمه طوال حياته وعليه أن يعيده إلى الله مالك الرقبة بنفس الصورة التى تلقاها منه . ولذلك يجب على الإنسان أن يحافظ على جسمه فيحافظ على جميع عناصره ومكوناته ولايستطيع أن يتصرف فيه لأن التصرف لايكون إلا للمالك فالإنسان ليس له إلا حق انتفاع على جسمه . وتهدف هذه النظرية إلى الحد من السلطة المطلقة التى يمكن أن يتمتع بها الانسان تجاه جسمه لو اعتبرناه مالكا إياه فالقول بأن الإنسان منتفع فقط بجسمه يحد فى سلطاته وخاصة منعه من التصرف فى جسمه فالتصرف يكون لله فقط .

إلا أن هذه النظرية استهدفت للنقد أيضا فهناك خطورة أساسية لهذه النظرية تتمثل فى التهديد الذى يمكن أن يتعرض له جسم الإنسان لو افترضنا وجود نظام يدعى بأن يرث الله فى الأرض . فمن الواضح أنه يترتب على ذلك أن تصبح الدولة مالكة للرقبة أى للجسم وبالتالى تستطيع أن تفعل به ما تشاء .

كما أن حق الانتفاع باعتباره من الحقوق العينية لايرد إلا على الأشياء وجسم الانسان لايمكن تشبيهه بالشيء .

ثالثا : فكرة استقلال الشخص الطبيعى :

نظراً للانتقادات التى وجهت إلى نظرية حق المنفعة ظهرت النظرية الحديثة فى تفسير مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان والتى تتمثل فى استخلاص فكرة استقلال الشخص الطبيعى كأساس

لمبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان . فكل شخص يجب أن يعتبر مقدسا ومصونا بالنسبة للغير فلا يجوز مساسه بتاتا . وهذا المبدأ هو الذى يرتكز عليه كل الفقه القانونى فحرمة الشخص تهدف إلى أن تتيح له تحقيق الأهداف المنوط به تحقيقها وهى الوصول إلى الحقيقة والخير والجمال .

فاحترام الشخص من الغير يسمح له بالقيام بدوره كاملا فى الحياة . ويجب على الشخص أيضا أن يحترم حقوق الآخرين بنفس الدرجة التى يجب أن يحترم بها حقوقه من قبل الغير . فهذا النوع من الاحترام المتبادل بين الأشخاص مبعثه استقلال كل شخص عن الآخر . ويرجع الفضل فى ظهور هذا المبدأ[١٥] إلى الأستاذ الفرنسى بواستل الذى يرى أن مبدأ عدم التداخل المتبادل بين الأشخاص يجب أن يكون الناموس الأعلى فى العالم المادى المحسوس وفى عالم الأخلاق على السواء . ولكن يجب أن يلاحظ أن بواستل إذا كان قد توصل إلى مبدأ استقلال الشخص كأساس لحرمة الشخص نفسه فإنه لم يتوصل إلى مبدأ حرمة جسم الإنسان . فكل بحثه كان منصبا على الشخص وتعريفه ولم يتعرض لجسم الإنسان إلا بصفة عرضية فى مجال الحديث عن الحق فى الحياة وفى سلامة جسم الإنسان لكن كيف يمكن استخلاص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان ؟

استخلاص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان .

لقد أوضح بعض الفقهاء[١٦] أن حرمة الشخص الطبيعى تعنى أول ما تعنى أن كل شخص له أن يعترض على أى مساس بسلامة جسمه ويرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية أو عمليات جراحية . ففى رأى هذا الجانب من الفقهاء أنه ليس من المبلغ فيه القول بأن جسم الانسان يضع الشخص بنفسه فهو الحيز المادى الذى تتجسد فيه الشخصية ومن ثم فلا داعى للجوء إلى فكرة الملكية فيكفى أن نعترف للانسان بما يسمى بالحرية البدنية فهى تسمح له بالرواح والغدو وأن يفعل أو لايفعل كل هذه حريات تعطى للأفراد مكنات معينة يحميها القانون ضد أى اعتداء . وحرية الانسان فى سلامة جسده تحميه قاعدة عدم جواز المساس بالجسم . فحق الانسان على جسمه يدخل فى نطاق الحقوق اللصيقة بالشخصية[١٧] لاشك أن شأنه فى ذلك شأن الحق فى الاسم . فيوجد حق فى سلامة الجسم وحق فى الحياة يكفل لهما القانون الحماية اللازمة .

المبحث الثانى : مشروعية المساس بجسم الآدمى :

تمهيد : لما كان جسم الانسان ليس من الأشياء فهو يخرج بالتالى عن دائرة التعامل ولايصح أن يكون محلا للحقوق المالية . وأى اتفاق يكون محله جسم الانسان يعتبر كقاعدة عامة باطلا بطلانا مطلقا[١٨] . وهذه القاعدة تعتبر نتيجة منطقية لمبدأ عدم جواز المساس بجسم الانسان .

ولكن إذا كان جسم الانسان لايصح أن يكون محلا للتعامل فإن ذلك لايعنى دائما وأبدا بطلان كل تصرف تكون له مجرد علاقة بجسم الانسان . فالقاعدة السابعة قابلة للاستثناء ولكن بشروط مقيده تتضمن عدم الاضرار بسلامة الجسد سواء كان حيا أو بعد وفاته

ولذلك ينقسم المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول : مدى شرعية الاتفاقات التى يكون محلها جسم الآدمى الحى إذا كان مبدأ الحرية المطلقة لجسم الانسان تقضى عدم المساس بجسم الانسان . وعدم فاعلية الإرادة بالنسبة للتصرفات التى من شأنها المساس بجسم الإنسان إلا أنه فى مواجهة هذا المبدأ يوجد مايسمى بمبدأ التضامن الانسانى(١٩) ، وهذا المبدأ يقصد به أن الانسان يستطيع أن يقبل المساس بسلامة جسمه بشرط أن يهدف إلى تحقيق منفعة مشروعة للغير . ونبحث فيما يلى الصور التى يمكن أن تكون محلا لهذه الاتفاقات مبتدئين من الصور الأسهل حتى الصور التى بها صعوبات كثيرة . فإذا كان محل الاتفاق جزءا من الأجزاء القابلة للانفصال عن جسم الانسان دون إلحاق أدنى مساس بالجسم أو بالحياة فلا خلاف فى صحة مثل هذه الاتفاقات . فالشعر مثلا يمكن فصله من الجسم دون أن يؤدى ذلك إلى أدنى مساس بسلامة الجسم وعلى هذا تعتبر صحيحة الاتفاقات التى يكون محلها شعر الإنسان . كما يعتبر صحيحا الشرط الذى يلزم الممثلين بتصفيف شعرهم بطريقة معينة أو صبغها بلون معين أو حتى ضرورة حلق رأسهم تماما . ولايؤثر فى صحة هذه الاتفاقات ماقد يصيب الانسان من تشويه لجماله . فالإرادة تنتج أثرها فى هذا الصدد وبالتالى يلتزم الشخص بتنفيذ ما تعهد به .

كما يعتبر مايسمى فى الشريعة الاسلامية بإجارة الظئر فيجوز أن تلزم امرأة بارضاع طفل غير طفلها مقابل أجر معين . فإذا كان لبن الأم يعتبر من ثمار الجسم ونتاجه إلا أن المساس به لايؤثر على سلامة الجسم بل أن اللبن وجد لينفصل عن الجسم(٢٠) وسنعود لشرح مثل هذا الاتفاق بالتفصيل فى الجزء الخاص بالفقه الإسلامى .

وإن كانت الحالتين السابقتين لم تثر خلافا حول صحتهما فإن الخلاف يأتى لمعرفة صحة الاتفاقات التى يكون محلها الدم البشرى .

فمن ناحية يترتب على نقل الدم أن يضعف جسم المتصرف فى دمه وتقل درجة مقاومته للأمراض . ولكن من ناحية أخرى فان نقل الدم إلى شخص مريض قد يترتب شفاؤه وتحسن حالته بل وبقاؤه على قيد الحياة . فالمصلحة الصحيحة للغير والتضامن الانسانى يستلزم نقل الدم إلى المريض ولذلك فإننا نذهب مع بعض الفقهاء إلى صحة الاتفاقات(٢١) التى ترد على دم الانسان بشرط ألا تكون من شأن كمية الدم المتصرف فيها أن تؤثر فى صحة المتصرف. فلا يصح التصرف إلا فى حدود الكمية اللازمة لشفاء المريض وبشرط ألا تكون تلك الكمية من شأنها التأثير فى صحة المتصرف . ففى هذه الحالة يعود بيع الدم بالنفع الكبير على المريض ولا يؤدى إلا إلى الضرر القليل بصحة المتصرف . كما أنه لا يجوز التصرف فى الدم لأغراض العلاج . فهذا الهدف هو الذى يبرر الخروج على مبدأ الحرمة المطلقة لسلامة الجسم . فالخروج عن هذا المبدأ لا يكون إلا لمقتضيات التضامن الإنسانى . فيجب أن يهدف التصرف فى الدم إلى تفادى ألم شديد أشد من الألم الذى يلحق بجسم المتصرف ولكن بشرط عدم الاضرار بصحة

المتصرف . فالذى يبرر هذا التصرف هو من ناحية الضرر اليسير الذى يعيب المتصرف والنفع الكبير الذى يعود على المتصرف إليه . ويعتبر مثل هذا التصرف صحيحاً سواء أكان بعوض أم بدون عوض [٢٢] .

كما يعتبر صحيحاً الإتفاق بين الطبيب والمريض على إجراء عملية جراحية ولو كان يترتب عليها بتر عضو من أعضائه . فمثل هذا الإتفاق يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة للمريض وهى تخليصه من الآلام أو تفادى ضرر أكبر . أما إذا كان يستحيل الحصول على موافقة المريض أو أقربائه وكانت هناك ضرورة عاجلة تستلزم الإقدام على جراحته دون تأخير فإن الطبيب يجوز له إجراء الجراحة تحقيقاً لمصلحة المريض رغم تخلف إذن صاحب الشأن [٢٣] .

ولكن إذا كان مبدأ التضامن الإنسانى يبرر المساس الإتفاقى بجسم الآدمى تحقيقاً لمصلحة الغير الجديرة بالرعاية فليس معنى ذلك أن للشخص أن يتصرف فى جسمه كيفما شاء . فما هى الحدود التى لا تستطيع الإرادة أن تنتج أثرها فيما يتعلق بالتصرف فى الجسم الآدمى ولا يستطيع مبدأ التضامن الإنسانى أن يبرر مثل هذا التصرف . ؟

إذا كانت الإرادة تنتج أثرها تحقيقاً لمصلحة الغير وإعمالاً لمبدأ التضامن الانسانى فان أى تصرف يعتبر باطلا إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى وفاة المدين أو جعل موته محتملاً أو حياته فى خطر .

فالحياة الإنسانية لا يمكن أن تكون محلاً لاتفاق مشروع . فيعتبر باطلاً الإتفاق الذى بمقتضاه يطلب شخص من آخر قتله لا راحته من مرض مستعص . والملتزم بمثل هذا الإلتزام إذا قام بتنفيذه يكون مسئولاً عن قتل عمد كما يكون مسئولا من الناحية المدنية . فالإرادة غير قادرة على تبرير ذلك الإتفاق لأن محل الإتفاق هو الحياة الإنسانية وهى غير قابلة للتعامل . فمثل هذه الإتفاقات تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً [٢٣] .

كما يعتبر باطلاً كل اتفاق يكون من شأنه المساس بالأجزاء الحيوية اللازمة لحياة الإنسان وبقائه . فيعتبر باطلاً الإتفاق الذى بمقتضاه يتعهد شخص بالتنازل عن قلبه حال حياته إلى شخص آخر [٢٤] .

ويثور التساؤل أخيراً لمعرفة مدى صحة الإتفاقات التى من شأنها أن نصيب جسم الآدمى بعجز دائم أو مستديم ولكن دون أن يكون لها تأثير على حياة الإنسان مثل التبرع بالعين أو بتر عضو من أعضاء الجسم أو التعقيم [٢٥] .

ويبدو هنا بوضوح مدى ما قد يظهر من تعارض بين مبدأ سلامة جسم الإنسان وبين مصلحة الغير أو ما قد تمليه مقتضيات التضامن الإنسانى . فمن يتنازل عن قرنية عينه يصاب بضرر مستديم غير قابل لأن يعوضه الجسم ولكن تظهر من ناحية أخرى مصلحة الغير الذى قد يرد إليه نور الحياة وكذلك الحال فى حالة التبرع بكلية أو إحدى الرئتين . فما مدى فاعلية الإرادة بصدد هذه الإتفاقات . ؟

ثارت هذه المشكلة أمام الفقه والقضاء الأجنبى فى فترة كان التقدم العلمى لم يصل

إلى الحد الهائل الذى وصل إليه فى تلك الحقبة الأخيرة من هذا القرن ونستعرض فيما يلى هذه الإتجاهات ثم بعد ذلك نرى مدى توافق ذلك مع التقدم العلمى الحديث .

ذهب غالبية الفقه الفرنسى إلى عدم مشروعية الإتفاق الذى بمقتضاه يقبل شخص بتر عضو من أعضاء جسمه حتى ولو كان ذلك لتحقيق مصلحة كبرى للغير والطبيب الذى يقوم بإجراء عملية جراحية معتمداً على فاعلية مثل ذلك الإتفاق يعتبر مرتكباً جريمة جرح عمد ويكون بطبيعة الحال مسئولاً من الناحية المدنية [٢٦] ولقد واجهت المادة الخامسة من القانون المدنى الإيطالى تلك المشكلة فقررت تحريم كل تصرف يرد على جسم الإنسان إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى إضعاف سلامة الجسم بصفة مستديمة أو كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة .

وحرم كذلك المشروع التمهيدى للقانون المدنى الفرنسى التصرفات التى من شأنها أن تمس مساساً خطيراً ونهائياً بسلامة الجسد .

ونذهب مع بعض الفقهاء [٢٧] إلى أنه يمكن تلخيص شروط مشروعية الإتفاق الذى يكون موضوعه جسم الآدمى فى :

أولاً : لا يجب أن يترتب عليه اصابة المتنازل بضرر غير قابل للاصلاح ويكون مساسا مستديما بجسمه فارادة الشخص غير قادرة على ابرام مثل هذه التصرفات .

ثانيا : يجب أن يترتب على الإتفاق تحقيق مصلحة كبيرة للغير تزيد فى قدرها على الضرر الذى يعيب المتنازل من جراء المساس بجسمه . فالشخص يتحمل ضرراً طفيفاً فى سبيل أن يتفادى ضرراً بالغاً قد يلحق بالغير إذا لم يتم التنازل .

وهذا الرأى مستوحى من مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان فلا يمكن أن تصلح فكرة التضامن الإنسانى كمبرر للمساس غير القابل للإصلاح بجسم الإنسان . فتلك الفكرة لا يمكن إعمالها إلا حيث يكون المساس بجسم الإنسان قابل للإصلاح . وهذا الرأى تظهر أهميته فى المحافظة على سلامة جسم الإنسان واكتمال كيانه المادى .

ولكن إزاء التقدم العلمى الحديث تفتحت آفاق جديدة لانقاذ ملايين المرضى والعجزة فلقد أصبح من الممكن علمياً نقل بعض الأعضاء من جسم إلى آخر [٢٨] ولكن العقبة التى تقف فى سبيل علاج هؤلاء المرضى هو عدم توافر قطع الغير اللازمة لعلاجهم نظراً لعدم تقدم وسائل المحافظة على أعضاء الجسم الآدمى بعد وفاته . ولذلك فأمل هؤلاء المرضى فى الشفاء يتوقف على مدى مشروعية الإتفاق مع شخص على أن يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه لانقاذ حياة شخص آخر . ولماذا لم يتطور القانون لمواجهة مثل هذه الحالات حقيقة لم يوجد فى التشريع الوضعى المصرى سوى القانون ٧٨ لسنة ١٩٨٧ لسنة ١٩٦٠ فى شأن التبرع بالدم والقانون ١٦٢ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالتبرع والا يساء بقرنية العيون وسنعود إلى دراسة تفصيلية لشرح أحكامها عند بيان الأساس القانونى لتبرير مشروعية المساس بحجم الآدمى . ومع ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى مشروعية تلك الإتفاقات طالما أن المخاطر التى يتعرض لها المتنازل له أكثر من المخاطر التى يتعرض لها المتنازل عن جزء من جسمه . فهو يبيح بصفة عامة المساس والاضرار المستديم بجسم الإنسان إذا كان فى ذلك للغير مصلحة جديرة بالرعاية فهو

يقيم نظرته على أساس الموازنة من جهة ما بين النتائج التى تترتب على بتر عضو من جسم الإنسان ومن جهة أخرى بين المنفعة التى تعود على الغير من نقل ذلك العضو إليه فإذا كانت تلك المصلحة تصل إلى حد الضرورة الملحة فإنها تبرر المساس المستديم بجسم الإنسان المتنازل .

هذه النظرة وإن كانت تواجهها مقتضيات التقدم العلمى الحديث والمصالح الضرورية للغير إلا أنها تتغاضى إلى حد كبير عن مبدأ سلامة الجسم وتغالى فى رعاية مصلحة الغير . لكن هل من سبيل إلى التوفيق بين هاتين المصلحتين المتعارضتين دون إهدار مبدأ سلامة الجسم نذهب مع بعض الفقهاء (٣٠) إلى أنه للتوفيق بين هاتين المصلحتين أنه يجب التفرقة بين بتر عضو من الأعضاء الذى يترتب عليه المساس بمجرد الناحية التشريحية للجسم وبين المساس الذى من شأنه أن يؤثر في الناحية الوظيفية لذلك العضو . فإذا كان المساس بالناحية الأولى يعتبر مشروعاً أما إذا كان الثانية فإنه يكون غير مشروع . والخلاصة أن المساس المستديم بجسم الإنسان لا يكون مشروعاً إلا إذا كان من شأنه ألا يؤدى إلى المساس بأداء الجسم لوظائفه وأن يكون هناك مصلحة حيوية للغير تبرر مثل ذلك الإتفاق . وفى هذا المجال لابد من التعاون التام بين رجال القانون والطب حتى يكون هناك نوع من العمل المشترك يؤدى للخير العام .

المطلب الثانى : مدى شرعية الاتفاقات التى يكون محلها جسم الآدمى بعد الوفاة .

الحق في سلامة الجسد يمتد إلى ما بعد الوفاة وذلك فى صورة حق الفرد فى احترام جثته وأبرز مثال لحماية الجثة هو ما يقرره قانون العقوبات من تحريم نبش القبور لما فيه من مساس بحرمة جثة الإنسان .

والمشكلة مثار البحث هنا هو مدى فاعلية إرادة الشخص فى إبرام تصرفات قانونية يكون محلها جثته فيما بعد وفاته من الناحية الخلقية أو الدينية . وسوف نفصل ذلك فى الجزء الخاص بالفقه الإسلامى .

فقد أباحت الكنيسة الكاثوليكية على لسان البابا بيوس السابع نقل القرنية من الميت إلى شخص آخر حى . ولفت البابا النظر إلى ما يترتب على هذه العملية من منح أو تحسين نعمة البصر إلى الكثير من الأفراد ولقد أجاز القانون الفرنسى صراحة عام ١٩٤٩ الايصاء بالعيون إلى مؤسسة عامة أو خيرية تجرى أو تساعد فى إجراء عملية نقل القرنية . ولقد أباحت لجنة تعديل القانون المدنى الفرنسى التصرفات التى بمقتضاها يتصرف الشخص فى كل أو جزء من جسمه طالما أن هذا التصرف مضاف إلى ما بعد الموت . فمن المسلم به فى القانون الفرنسى أن التصرفات القانونية التى ترد على جثة الإنسان بعد وفاته تعتبر تصرفات سليمة وصحيحة فإرادة الشخص تنتج أثرها كاملاً فى صحة مثل هذه التصرفات .

ولكن الحقوق التى ترد على جثة الإنسان يجب أن تستهدف تحقيق غرض مشروع فيجب أن يستهدف التصرف تحقيق مصلحة مشروعة للغير يكون من

شأنها تبرير المساس بحرمة جثة الميت .

فلا يجب أن يفهم أن جثة الانسان لاتتمتع بأى قدر من الإحترام والقدسية . وبالتالى تصبح جميع التصرفات التى ترد عليها[٣١] .

بل انه يجب إجراء موازنة مع مبدأ احترام هذا الميت وبين مصلحة الغير التى تبرر المساس بالجثة . ومتى انعدم شرط المصلحة أو كانت ضئيلة بحيث لا تستطيع أن تصبح مبرراً كافياً للمساس بجثة الإنسان فإن التصرف الذى يرد على الجثة يكون غير مشروع ولتقدير مدى مشروعية التصرف يلجأ إلى نص المادة ١٣٦ مدنى « إذا لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً . وسنزيد ذلك تفصيلاً عند بحث المسألة فى نطاق القانون المدنى .

وأهم استعمال مشروع للجثة والذى من شأنه تبرير التصرف الذى يرد على الجثة هو استعمالها لأهداف علاجية مثل نقل عضو من الجثة إلى شخص آخر حى لانقاذ حياته أو تحسين صحته . كما أنه يعتبر مشروعا التصرف الذى يسمح بإجراء دراسات وتشريح الجثة لأغراض علمية .

ولكن يعتبر غير مشروع وباطل كل تصرف يرد على جثة الشخص يستهدف تحقيق مجرد أهداف اقتصادية مثل ما كان يحدث فى ظل النازية من استعمال[٣٢] جثث الموتى لانتاج بعض أنواع الأسمدة والكيماويات .

فيعتبر باطلاً التصرف الذى بمقتضاه يبيع شخص جثته بعد الوفاة إلى رجل أعمال لاستعمالها لأغراض صناعية .

كما أن الحقوق التى ترد على الجثة يجب أن تكون ذات طبيعة احتياطية أى أنه لا يلجأ إلى ترتيب الحقوق التى ترد على الجثة إلا إذا لم يكن هناك أى وسيلة أخرى لإشباع وتحقيق مصلحة الغير ويكون للمتصرف أن يرجع عن تصرفه فى أى وقت . ومتى كان سبب التصرف مشروعاً فإنه يعتبر صحيحاً سواء كان التصرف بعوض أم بدون عوض[٣٣] ولا يمكن الإعتراض على التصرف بعوض على أساس أن هذا التصرف ينطوى على تعامل على تركه مستقبلاً طبقاً لنص المادة ١٣١ مدنى .

وتبرير ذلك أنه إذا كانت الحكمة من تحريم التعامل على تركه مستقبلاً هو حماية المتصرف من طيشه وأن يقع فريسة للمرابين إذا كان يتصرف فى التركة نظير الحاجة الشديدة إلى المال، فإن هذه العوامل لا يتصور وجودها فى حالة التصرف فى الجثة . وقد اعترض البعض على التصرف بعوض فى الجثة[٣٤] بقولهم أن ذلك يمنع المتصرف من الرجوع فى التصرف فقد يخشى إذا أراد الرجوع فى التصرف أن يرد الثمن إلى المتصرف إليه .

وبالتالى قد يكون ذلك عائقاً فى سبيل حريته فى الرجوع فى التصرف . إلا أن ذلك مردود عليه بأن التصرف فى جثة الإنسان يمكن أن يخضع لقواعد خاصة به . وهذه القواعد تبيح للمتصرف الرجوع فى تصرفه حتى ولو كان التصرف بعوض ويعطى الشخص مهلة كافية لرد العوض الذى تلقاه . وأخيراً يمكن القول بأن السماح بالحصول على مقابل للجثة أو لعضو من أعضائها يشجع الأفراد على التصرف فى جثتهم بعد الوفاة . والقول بضرورة أن يكون التصرف تبرعياً يعتبر نوعاً من المثالية تنقصه الواقعية المستمدة من طبائع البشر .

المبحث الثالث : الأساس القانونى لتبرير التصرف فى جسم الآدمى

تمهيد : لقد ظهر إتجاه حديث نسبياً يسمح للشخص بأن يتصرف فى جزء من جسمه من أجل زرعه فى جسم شخص مريض . فلم يقف عدم وجود النص التشريعى عقبة فى سبيل البحث عن وسيلة قانونية مناسبة لإباحة هذا التصرف بجسم الإنسان . وهذا يعكس لنا بوضوح مدى تأثير التقدم العلمى على القانون . فحتى عام ١٩٦٧ لم يكن فى الفقه المقارن سوى فقيه واحد (٣٥) يرى مشروعية هذه العمليات . وبعد نجاح كثير من عمليات زراعة الأعضاء فلم يزود الثقة فى هدم الحواجز القانونية التى تعوق استفادة المرضى من التقدم الطبي الهائل الذى حدث فى تلك الآونة الأخيرة من هذا القرن . ومن أجل ذلك توصل الفقه والقضاء الأجنبى إلى رسائل قانونية تؤدى إلى مشروعية التصرف فى جسم الآدمى ولذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : موقف الفقه من إباحة التصرف فى أعضاء الجسم الآدمى

المطلب الثانى : موقف القانون الوضعى المصرى من إباحة التصرف فى أعضاء الجسم الآدمى

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء من إباحة التصرف فى أعضاء الجسم الآدمى

توصل الفقه والقضاء إلى إرساء القواعد السليمة والمعقولة للمشاكل التى تنشأ عن التطور العلمى فهناك ثلاث وسائل قانونية تؤدى لمشروعية التصرف فى الجسم الآدمى وهذه الوسائل الثلاثة تبناها فى الفقهه ثلاث اتجاهات أساسية هى :

١ - الإتجاه الأول : نظرية السبب المشروع كأساس لمشروعية التصرف فى جسم الآدمى رغم أن مبدأ حرمة جسم الإنسان من المبادىء المستقرة لكن الواقع يكذبه فى غالب الأمر . منذ القدم كانت هناك العديد من الإتفاقات التى يتم تنفيذها على جسم الإنسان ولم يكن الهدف من هذه الإتفاقات يثير جدلاً حول مشروعيته . ومن أمثلة ذلك قص شعر الآدمى وممارسة الألعاب الرياضية وغير ذلك .

وإزاء هذا التعارض بين المبدأ والعمل الواقعى ذهب الفقه إلى القول أن جسم الإنسان أصبح محلاً للمعاملات القانونية (٣٦) ولكن ذلك يعنى مشروعية جميع التصرفات التى ترد على جسم الآدمى وكأنما فرق بينه وبين الشيء . ولذلك لابد من تحديد التصرفات المشروعة من غير المشروعة .

فالقول بعدم مشروعية التصرف يعنى إعمال مبدأ حرمة جسم الإنسان الذى يضع الإنسان فوق الإتفاقات القانونية ويضعه فى مركز سام . فعدم المشروعية ليس إلا الوسيلة الفنية التى يعبر بها عن مبدأ حرمة الجسم (٣٧) .

ولذلك لابد من البحث عن أساس عدم المشروعية . يوجد ثلاثة وسائل ممكنة لإبطال التصرفات غير المشروعة فهناك المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى التى تبطل كل اتفاق ينطوى على مخالفة للقوانين التى تتعلق بالنظام العام والآداب وهناك أيضاً المادة ١١٢٨ التى تقرر

أنه لا يمكن أن يكون محلاً لاتفاق مشروع إلا الأشياء التى تدخل فى المعاملات . والمواد ١١٣١ ، ١١٣٣ تؤديان إلى بطلان الإلتزام الذى يكون سببه غير مشروع . والسبب غير المشروع هو السبب الذى يحرمه القانون لتعارضه مع النظام العام أو الآداب .

وأول نص يستحق الدراسة هو نص المادة ٦١ مدنى فرنسى الذى يمنع الأشياء التى لا تدخل فى التعامل من أن تكون محلاً لاتفاقات مشروعة . ولذلك فإن وجود مبدأ حرمة الجسم الآدمى جعل بعض الفقهاء يعتقد (٣٨) استحالة أن يكون الجسم محلاً لإلتزام مشروع .

ولكن ما المقصود بخروج جسم الآدمى عن دائرة التعامل .؟

يجب أن نحدد بدقة المقصود بخروج الشيء عن دائرة التعامل . فإذا كان يقصد به الأشياء غير القابلة للملك الخاص أو للتصرف فإن سلامة الجسم والعناصر المكونة له تدخل فى عموم هذه العبارة . فجسم الآدمى من الأشياء التى تقبل الملك أو التصرف والقول بغير ذلك يؤدى إلى إمكان التصرف فى الجسم بجميع الطرق الممكنة قانوناً بما فيها بيع الشخص برمته وإذا كان لا يوجد أدنى شك حول المبدأ نفسه إلا أننا نتساءل عن القيود التى يفرضها على الحرية التعاقدية . يترتب على هذا المبدأ تحريم نقل ملكية الجسم الآدمى واستحالة إبرام اتفاقات وإذا نظرنا إلى الحق فى الحياة والحق فى سلامة الجسم على أنهما من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإن الرأى السائد يرى أنهما لا يدخلان فى الذمة المالية . فهذه الحقوق لا يمكن أن تكون محلاً للتعامل . ولكن يرد على ذلك بأن الكثير من الإتفاقات ترد على الحقوق غير المالية لتلك الحقوق التى تتعلق بحضانة الطفل وتعليمه فى القانون الفرنسى (٣٩) . لا يقبل القول أن هذه الحقوق تستعصى التقويم بالمال . فهذه الحقوق يمكن تقويمها فالقاضى يستطيع وبسهولة أن يقدر مبلغ التعويض الذى يستحقه الشخص فى حالة إصابته فى جسمه .

وعندئذ لا يمكن أن يكون عدم مشروعية التصرف فى جسم الإنسان أن يكون على أساس استحالة المحل (٤٠) . والسؤال الذى يثار بتلك المناسبة هو هل يمكن أن يكون بطلان الاتفاقات الواردة على جسم الإنسان بسبب مخالفة المحل للنظام العام والآداب .

فقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية إما أن ترجع الى وجود نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو الآداب . فالنظام العام يوجب أن يكون أفراد المجتمع أصحاء وفى حالة جيدة . فمصلحة الأمة تقتضى احترام الحياة وعدم المساس بها . وتقتضى الآداب أن يكون المساس بجسم الإنسان بالتصرف فيه مما يتعارض مع الأخلاق الأساسية التى يقوم عليها المجتمع .

وينبغى أن يلاحظ أن الاعتبارات الإضافية والخلقية التى تؤدى إلى بطلان الإتفاقات التى يكون محلها المساس بالجسم البشرى . فهى تستلزم أن توضح حدود للاتفاقات الباطلة . فيوجد بعض الإتفاقات التى يكون محلها المساس بجسم الإنسان

مثل إجراء عملية جراحية ولكن نظراً لأنها تستهدف حماية الجسم وتفادى ضرر أكثر خطورة فإن موجبات النظام العام تستلزم القول بمشروعية هذه الإتفاقات . وعندئذ يمكن القول أن الاتفاقات التى يكون المساس بجسم الإنسان يكون بعضها مشروعاً والبعض الآخر غير مشروع . والذى يقدم بهذا التقرير القاضى وذلك على أساس الموازنة بين الخطر الذى يتعرض له الشخص والنتيجة التى تترتب على هذا المساس . وهنا ينبغى الوقف عند المقصود بالسبب الذى يبرر التصرف فى جسم الإنسان ويجعله مشروعاً .

يقصد بالسبب هنا الباعث الدافع للتعاقد أى الهدف من التصرف ودوافع هذا التصرف فيعتبر التصرف فى جسم الإنسان مشروعاً إذا كان هناك تناسب بين المساس الحال أو المؤجل بالجسم والهدف من ذلك (٤١) . إلا أن التصرف بهذه الصورة يؤدى إلى مساس مستديم بجسم الإنسان . ففى مواجهة مبدأ حرمة جسم الإنسان يوجد مبدأ آخر هام هو ضرورة مراعاة مقتضيات التضامن الإنسانى (٤٢) فمتى كانت الحقوق التى تترتب على المساس المستديم بالجسم تستهدف تحقيق مصلحة أشخاص آخرين وتنطوى على أداء لواجب التضامن الإنسانى فإن ذلك يؤدى لفاعلية ومشروعية التصرف الذى يرد على جسم الإنسان . ويسرى على ذلك، الإتفاقات التى تنطوى على مساس بالجسم قابل للإصلاح مثل نقل الدم . فهذا الإتفاق يعتبر مشروعاً متى كان يستهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير وتكون أهم من الضرر الذى سيصيب المتنازل عن دمه .

وأما عن التصرف الذى يؤدى إلى مساس مستديم بجسم الإنسان غير قابل للإصلاح فإنه يمكن القول أنه إذا لم توجد قاعدة وضعية تحرم ذلك فلابد من الرجوع إلى الوسائل الفنية لتبرير مثل هذا التصرف . وتحقيقاً لذلك فلا مفر من أن يقدم القاضى بهذه العملية التقديرية أى الموازنة على المستوى الأخلاقى . فالقاضى لا يستطيع القيام بهذه العملية أى تقرير مدى مشروعية هذه التصرفات إلا بالنظر إلى الإعتبارات الخلقية . وهى لا تعارض المشروعية طالما أن سبب التصرف هو تحقيق مصلحة علاجية للغير . فهذه المصلحة هى التى تبرر فاعلية رضاء الشخص بهذا المساس فلا يجوز لشخص أن يتنازل عن قرنية عينه إلا من أجل إنقاذ شخص آخر من العمى . كذلك لا يجوز لشخص أن يتنازل عن إحدى الكليتين إلا إذا كانت المخاطر التى يعانى منها المريض أكثر من تلك التى سيتعرض لها المتنازل . وحاصل القول أن التصرفات التى ترد على جسم الإنسان بالتصرف فى أحد أعضائه وتؤدى إلى مساس مستديم به ، تعتبر صحيحة بشرط أن يكون سبب التصرف مشروعاً . ويكون السبب كذلك متى كان يستهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير .

٢ - الإتجاه الثانى : حالة الضرورة .

يقصد بحالة الضرورة فى مجال إباحة التصرف فى أعضاء الجسم الآدمى حالة الموازنة بين القيم المختلفة التى توجد فى الحياة (٤٣) الموازنة بين فقد أحد أعضاء الجسم ونقله إلى آخر بقصد الإستشفاء . أى المقارنة بين

الخطر والأمل وفرصة الشفاء وتكون تلك الموازنة بالنظر إلى المستقبل ومن ثم فهى تبنى على الإحتمال . وحساب الإحتمالات يلعب دوراً كبيراً فى هذا المجال ويقوم على ما يسمى بقانون الكثرة (٤٤) حيث يمكن استخلاص قوانين إحصائية وعلى المستوى الإحصائى فإن حساب الإحتمالات يعطينا نتائج مؤكدة بالنسبة لاحتمالات النجاح والفشل . أما بالنسبة للحالة الفردية الواحدة فإن عدم التأكيد يكون قائماً فقانون الكثرة يقوم على الغالب ولكن يصح جداً ألا يتحقق فى حالة معينة (٤٥) ويتميز عمل الطبيب على جسم الإنسان بأن له جوهر معين لم يعد فى الوقت الحاضر هو فن الشفاء للمريض ولكن يذهب إلى أبعد من ذلك بأن عمل الطبيب أصبح له القدرة على القيام بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان بالنظر إلى ظروفه المهنية من خلال التدخل والمساس بالجسم الآدمى . ومن أجل ذلك ينبغى وبتحفظ شديد أن إجراء الموازنة الشديدة بين المخاطر التى يتعرض لها المعطى إذا تصرف فى أحد أعضاء جسمه وبين الأخذ فى الآمل الذى يحتمل أن يستفيد منه المريض من جهة أخرى . ونرى أنه لا مجال لإعمال هذه النظرية لأن المتنازل شخص سليم يترتب على تنازله عن أحد أعضاء الجسم إصابته بعاهة مستديمة ولا يمكن بحال من الأحوال القول بأن مصلحة الأخذ فى حد ذاتها أرجح من مصلحة المتنازل ولذلك فإن هذه الموازنة إن كان لها مجال لابد وأن تتم فى الظروف الآتية (٤٦) :

أولاً : أن يكون هناك خطر محدق بالمريض ويكون فى عدم نقل عضو جديد له بدل العضو التالف من شأنه أن يؤدى لا محالة إلى الموت ولا يقدح فى توافر الخطر كون من يتعرض له غير من يتنازل عن جزء من جسمه . فلا يشترط أن يكون الخطر محدقاً بالشخص نفسه بل يكفى أن يكون محدقاً بالغير كما هو الحال بالنسبة للدفاع الشرعى . ونص المادة ١٦٨ مدنى صريح فى توافر حالة الضرورة متى سبب الشخص للغير ضرراً ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً .

ثانياً : يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذى وقع ويكون ذلك إذا كان قيام الشخص بالتنازل عن جزء من جسمه مثل الكلية فإن الخطر الذى يتعرض له المتنازل المعطى أقل بكثير من الآخذ المريض حيث أنه يتعرض لخطر الموت فى الحال وبإجراء هذه الموازنة فإن المعطى لا يصاب إلى بنقص فى الصفة التشريحية للجسد أما الآخذ فإنه يتعرض للموت لا محال فالتنازل هنا يكون لتفادى ضرر أو خطر جسيم .

إلا أنه ينبغى القول فى هذه الأحوال أنه يجب البحث بل إجراء هذا التنازل عن مدى تجانس الخلايا حتى لا تفاجىء بوجود طرد للعضو الذى ينقل إلى المريض . فبدلاً من أن تحل مشكلة توجد مشكلتين .

ويصبح وجود شخصين معلولين بدلاً من واحد .

ويجمع الفقه الفرنسى على أن حالة الضرورة لا تصلح للقول بمشروعية التصرف فى أعضاء الجسم البشرى وإنما يشترط رضاء المعطى عن هذا التنازل عن جزء من الجسم (٤٧) .

٣ - الإتجاه الثالث : رضاء المجنى عليه بشرط تحقيق نفع اجتماعى .

لما كان الإنسان يعيش فى المجتمع كعضو نافع فيه يلقى على عاتقه مجموعة من الواجبات وهذه الواجبات يقابلها حق المجتمع فى اقتضائها . ولا يستطيع الفرد أن يقوم بها إلا إذا كانت سلامة جسده مصونة . وكل اعتداء يمس هذا الحق يقلل فى الوقت نفسه من مقدرة صاحبه من أداء لهذه الوظيفة (٤٨) . ومن ثم يكن للحق فى سلامة الجسد نطاقان الأول يتمثل فى الجانب الفردى والثانى فى الجانب الاجتماعى وهما لايتطابقان فى حالة تنازل الشخص عن جزء من أعضاء جسمه يترتب عليه فوات المنفعة أو إصابته بعاهة مستديمة وقد يتطابق الجانبان أى تكون هناك حالات واضحة للمشروعية لأن التصرف فى أعضاء الجسم وإن كان يمس الكيان المادى للجسم إلا أنه لا يتقصى بأى حال من الأحوال من الإمكانيات التى تتطلبها الوظيفة الإجتماعية اللمجتمع (٤٩) وذلك يتضح تماماً فى حالة عملية نقل الدم إلى شخص يجرى عملية جراحية . إلا أننا ينبغى التحفظ الشديد فى الأخذ بهذا الرأى ويجب أن يقيد نقل الدم من شخص إلى آخر متى كان المتنازل عن الدم قوى البنية وصحيح غير معتل صحياً .

وبناء على ذلك فإن للمجتمع ارتفاق على الجسم ولا يجوز للشخص أن يتصرف فى الحق فى سلامة الجسم فيما يتعلق بجوانبه التى تمس ارتفاق المجتمع . ولكن إذا تجاوزنا هذه الحدود فيتحرر الحق من ارتفاق المجتمع ومن ثم فلا مفر من أن يعترف لصاحبه بسلطة التصرف فيه . ويكون ذلك بالرضاء فهو الذى يبيح مثل هذا التصرف (٥٠) .

رأينا فى الموضوع :

لا شك أن فى موافقة المتنازل عن جزء من جسمه لينتفع به غير هو تضحية تقوم على أساس من التضامن الإنسانى . وهذا التضامن فى حد ذاته لا يقوم إلا برضاء المتنازل عن هذا الجزء من الجسد . ومن ثم فإن عنصر الرضاء هو المعول عليه فى هذا التصرف . ولكننا لا نجيز هذا التصرف إلا بالنسبة للأجزاء التى تقبل التجريد من جسم الإنسان كنقل الدم وإن كان قد ذهب بعض الفقهاء (٥١) فى مجال إباحة نقل الدم إلى أنه لا حاجة للحصول على رضاء من ينقل منه دمه وذلك تأسيساً على عدم خطورة سحب الدم من الشخص لأنه سيعوض هذا النقص فى الجسم وأما عن التنازل عن باقى الأجزاء التى لا تقبل التجريد والتى يترتب عليها المساس المستديم أى إلحاق ضرر دائم فإنه احتراماً لكرامة الإنسان وحفاظاً على الكيان البدنى فإنه لا يجوز للشخص هذا التنازل . ونذهب مع اتجاه نرى تأييده (٥٢) إلى أن إباحة التصرف فى بعض الأجزاء المزدوجة مثل الكلية والرئة لينتفع بها آخر فى حاجة ملحة وضرورية تقوم على أساس التضامن الإنسانى أكثر من كونها حالة ضرورة . وهو فى المجال الفردى يتطلب تطوع الشخص ليتضامن مع غيره من البشر . فهو يكشف عن خلق عميق واستعداد للتضحية من أجل شفاء الغير ويخلق منه عضواً صالحا فى المجتمع . ولذلك فلا يمكن إجبار أحد على التضامن وإنما يشترط القبول أو الرضاء

الواعى المتبصر. [٥٣] . ومن أجل ذلك لا يجوز المساس الجزئى بالجسم إلا بعد الحصول على موافقة المتنازل .

المطلب الثانى
موقف القانون الوضعى المصرى

تمهيد :

مازال كيان الإنسان الجسدى محل اهتمام للحماية القانونية سواء فيما يتعلق بقواعد القانون الدستورى أو قواعد القانون الجنائى . واهتمت هذه القواعد بإضفاء الحماية الجسدية وتنظيم العقاب على كل اعتداء يخل بهذه الحماية القانونية . ولكننا فى مجال ونطاق القانون المدنى فلا تزال هذه المسألة مبهمة ولم تحظ بالتنظيم إلا فى تلك الآونة من الوقت الحاضر . وهذا الإهتمام الحديث من جانب هذا القانون ليس سوى ترجمة حقيقية لمبدأ معصومية الجسد [٥٤] إلا أن التطور العلمى الحديث سواء فى مجال التطور الطبى والإجتماعى أدى إلى جواز المساس بهذا الجسد . ويعتبر هذا المساس استثناء على المبدأ فى ذاته سواء لأسباب توجبها المصلحة العامة أو مصلحة الشخص فى ذاته [٥٥] .

وتطبيقاً لذلك فإن كل اتفاق يجيز التعامل فى جسم الإنسان يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً فلا يجوز للشخص أن يتصرف فى كامل جسده [٥٦] أما بالنسبة للتصرف فى جزء حيوى يلزم لبقاء الإنسان على قيد الحياة أو لاستمرار قيام الجسد بوظائفه الحيوية على مدى طويل كالتصرف فى القلب أو الكبد مثلاً فهو محظور أيضاً بصفة مطلقة ولا مجال برضاء صاحب الشأن فى هذا الصدد .

أما التصرف فى جزء من الجسد بما لا يعرض الحياة للخطر كالأجزاء المزدوجة أو كما يذهب البعض إلى التفرقة بين ما يسمى بالأعضاء التشريحية والأعضاء الوظيفية [٥٧] فإن النجاح العلمى الهائل الذى حدث فى القرن العشرين لعمليات زرع الكلى والبنكرياس والقلب والعيون أوجب تطويع هذا المبدأ وما يتفق والمصلحة العامة التى تعود على المجتمع بأسره : وحول مشروعية التصرف فى أحد هذه الأعضاء المزدوجة انقسم الفقه فى هذه الإجازة إلى اتجاهين .

الإتجاه الأول : وهو يغلب عليه الطابع فى شق منه يذهب إلى أنه لا يجوز للشخص أن يتصرف فى أحد هذه الأعضاء استناداً إلى أن الشخص ليس له على جسده لا مجرد حق الإنتفاع أما ملكية الرقبة هى لله سبحانه وتعالى وعلى الشخص أن يعيد الجسد بالحالة التى تلقاها [٥٨] .أما فى شقه الوضعى فإن حق الإنسان على جسده من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهى خارج المعاملات المالية . ويضيف أنصار هذا الإتجاه إلى شقى الرأى مجموعة من الإعتبارات التى تتعلق بملاءمة هذه الاعتداءات من المعطى إلى الآخر . فهى تؤدى فى الواقع إلى أن يوجد فى المجتمع شخصان مريضان بدلاً من شخص واحد . [٥٩] وتؤدى أيضاً إلى أن يصبح المعطى فى حياة مملوءة بالمتاعب النفسية فلا يمكن للمعطى إذن أن يعيش هادىء البال بالنسبة لمستقبل حياته [٦٠] وبالإضافة إلى ذلك فإن فائدة التنازل عن هذا الجزء إلى المتنازل لم يقطع

التطور العلمى الحديث بنجاح مثل هذا النقل للعضو المتنازل عنه صحياً .

الإتجاه الثانى : يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى إجازة التصرف فى جزء من أجزاء الجسد المزدوجة . وذلك إستناداً إلى أن هناك من الحقوق الشخصية فى القانون الفرنسى كالحق فى التعليم وحضانة الطفل [٦١] أجاز القانون التعامل فى شأنها ومن أجل ذلك يجوز التعامل فى صدد جسد الانسان إلا أننا لانذهب مع أنصار هذا الرأى فى ذلك القياس لأنه قياس مع الفارق إذ أن الحقوق اللصيقة بالشخصية ليست جميعاً على مستوى واحد من حيث إمكانية التصرف فيها فجسد الإنسان ليس بالقطع كحضانة وتعليم الطفل [٦٢] .

وإزاء هذا الإنقسام البين فى أوساط دوائر الفقه ذهب البعض إلى إقامة أساس للمشروعية إستناداً إلى نصوص القانون بل وذهب إلى أبعد من ذلك بامكان امتداد هذه النصوص التشريعية إلى باقى أعضاء الجسد . ويبين من ذلك أن النصوص التشريعية التى تناولت جواز التنازل عن جزء من الأجزاء التى لا يتعرض فيها المعطى للخطر هى القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فى شأن نقل الدم والقانون ١٦٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإنشاء بنك العيون ومن أجل ذلك تخصص فرعين مستقلين لإلقاء الضوء على نصوص القانونين المذكورين .

الفرع الأول : القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فى شأن نقل الدم

هذا القانون هو قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة [٦٣] الخاص بتنظيم جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته . وقد خول وزير الصحة سلطة وضع قواعد تحديد وصرف مكافآت للمتطوعين بالدم والثمن .

وقد أصدر وزير الصحة القرار رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١ مقسماً المتطوعين إلى متطوعين بالمجان ويصرف لهم شارة مكافأة على هذا التطوع . ومتطوعين بالمجان مع منح كل منهم هدية فى حدود ٥٠ قرشاً . ثم أدرج فئات أخرى للتطوع مع تحديد المقابل فالمتطوع الذى يعطى ٤٠٠ سم^3 يمنح ١٥٠ قرشاً . والمتطوع الذى يعطى ٢٠٠ سم^3 يمنح ١٠٠ قرشاً . وأوجب إضافة إلى ذلك وجوب إعطاء المتطوع بعض المقويات ووجبة خفيفة [٦٤] .

مما سبق يتضح لنا أن المشرع نظم عملية جمع وتخزين الدم . وأن إعطاء الدم طبقاً لذلك قد يكون بالمجان كما قد يكون بمقابل . وإن كان المقابل الذى يتسلمه المتطوع قليل من حيث تقدير ثمنه . ولكن من الزاوية القانونية هو مقابل مهما كان قليلاً ولا يمكن معه القول بأنه مجرد ثمن مقويات لكى يعوض المتطوع ما فقده من دم .

إلا أنه من حيث الواقع وحسب التقارير التى أعدت فى هذا الخصوص [٦٥] أن مراكز جمع الدم تكاد تغلق الأبواب لقلة الكميات التى يتحصلون بها من طريق التبرع من المتطوعين الشرفاء [٦٦] ولازالت هذه البنوك تعتمد أساساً على المتطوعين المحترفين . ويتضح من القرار الوزارى سالف الذكر أن الدم يباع [٦٧] من المتطوع إلى البنك ولا ينفى هذا البيع قلة الثمن أو المقابل الذى يتقاضاه المتطوع وعلاقة البيع هذه تتم مرة

أخرى من البنك إلى المرضى فقد تحدد القرار ١٥٠ لسنة ١٩٦١ ثمن بيع الدم للمريض كالتالى : ٣٥٠ قرشاً ثمن لكل ٥٠٠ سم٣ ، ٢٥٠ قرشاً ، ٤٠٠ قرشاً يحسب أنواع الدم . إلا أنه قد صدر وزير الصحة رقم ١٥٤ لسنة ١٩٦١ الذى سمح بصرف الدم بالمجان لمتطوع الشرف أى غير المحترف وبدون مقابل له أو أحد أفراد أسرته إذا قرر الطبيب المعالج نقل الدم إليهم .

فإذا كان الواقع العملى ومن خلال التجربة أن فكرة التطوع المجانى بالدم لم يكتب لها النجاح فكان ولا مفر من الإعتماد على التطوع بمقابل فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للتصرف فى هذا الجزء المتجدد من جسم الإنسان وسيعوضه ولم يؤثر على الحياة الوطنية للجسد فهل يمكن أن يمتد إلى باقى الأعضاء المزدوجة أو التى لا يترتب على إباحة التنازل عنها هذه المشروعية أى التصرف بمقابل . حقيقة الأمر أن التقدم العلمى الذى حدث فى الآونة الأخيرة من القرن العشرين فى مجال زرع أعضاء الجسد البشرى لإنسان معتل كزرع البنكرياس والكلى والقلب والعيون مهد الطريق لإسعاد البشرية . ولذلك يجب على رجال القانون أن يذللوا العقبات أو الصعاب التى تقف حائلاً أمام هذا التطور الهائل . ويذهب البعض [٦٨] إلى القول أنه من غير المقبول أن تقف مجانية التصرف لهذه الأعضاء عقبة فى الحصول عليها وأن المقابل لا اعتراض عليه قانوناً . ولكن هذا التصرف بمقابل لا يعنى ترك تحديد الثمن لحرية الأطراف المعطى والآخذ حتى لا يصبح الجسم محلاً لمزايدات مالية ويقترح أن يصدر تشريع يحدد قيمة الأجزاء التى يمكن الإستغناء عنها . وهذا ليس بجديد فقانون التأمينات الإجتماعية حدد نسب مئوية للعجز أو الإصابة بالنظر لمجموع الجسم الكلى .

وننتهى من ذلك العرض أن القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ استعمل عبارات التبرع ووضع أحكاما تقترب من البيع [٦٩] .

تعقيب :

إن مشكلة إباحة التصرف فى الأعضاء البشرية التشريحية أو التى لا يترتب عليها فقدان الجسد لوظيفته بالبيع فيه غضاضة للنفس البشرية إلا أن عبارة بيع هذه الأجزاء فى حد ذاتها لا تقلل من كرامة الشخص . فالعضو الذى يتم التنازل عنه سواء بالبيع أو التبرع سينقل إلى شخص آخر . فالمشكلة ليست فى البيع فى حد ذاته . لأن عدم إباحة مثل هذا التصرف سيؤدى حتماً إلى موت المريض . فإذا كانت حياة المريض لا تقدر بمال فإنه لا يمنع من بقائه حياً بدفع هذا المال .

والخروج من هذه المشكلة لا يتأتى إلا بوسيلة قانونية صحيحة ويتصور ثلاث وسائل لحل هذه الأزمة [٧٠] إما عن طريق التبرع من الغير وإما بقيام الدولة بتوزيع الثروات لكل حسب حاجته وإما عن طريق البيع . وطالما أن القانون المصرى ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ اعترف ببيع الدم فإنه يمكن أن يمتد ذلك إلى باقى أعضاء الجسد التى لا يترتب عليها مساس مستديم بحياة المعطى . فطالما أن المحل الذى يخضع للتصرف مشروع فلا معنى للتفرقة بين البيع والتبرع بل إننا نذهب مع آخرين لتحقيق غلواء فكرة

المقابل المادى وفى سبيل تطويع النفس البشرية نحو التضامن الإنسانى يمكن أن يكون المقابل فى صورة وثيقة تأمين لمصلحة المعطى (٧٢) وأولاده إذا أصيب أو توفى نتيجة عملية نقل العضو إلى الآخذ أو جعل الوثيقة هنا لضمان حصول المعطى على دخل مجزى لتفادى أى نقص فى قدرته على العمل . وسوف يثبت التطور العلمى فى هذا المجال اتجاه التصرف بمقابل . فالقول بالتبرع نوع من التدرج فى الإنتقال من تحريم التصرف فى الجسم إلى مشروعية التصرف فيه (٧٣) .

وبذلك يمكن الإستناد إلى نص القانون كأساس تشريعى لإباحة التصرف فى أعضاء الجسم الذى لا يترتب على التنازل عنها أى مساس مستديم بالحياة البشرية .

الفرع الثانى : القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن التنازل عن العيون يتضح بجلاء من استقراء نصوص هذا القانون وخصوصاً نص المادة الثانية منه . على أن بنك العيون الذى أنشأه القانون يكون مصدره : ١ - عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها . ٢ - عيون الأشخاص التى يتقرر استئصالها . والأمر الذى لا خلاف عليه بين الفقهاء أن القانون أباح التصرف فى العين فى الحالة الثانية أى حالة العيون التى يتقرر استئصالها وذلك إذا كانت تحتفظ ببعض الأجزاء السليمة التى يمكن استخدامها لأشخاص آخرين مثل ترقيع قرنية العين .

وأما الحالة الأولى التى جاء نص المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن التنازل عن العيون فقد احتدم الجدال فى أوساط دوائر الفقه حول هذا التفسير وانقسموا إلى اتجاهين :

الإتجاه الأول : يذهب إلى الأخذ بظاهر النص القانونى لإجازة التصرف فى العين فقد جاء النص واضحاً من المقصود منه (٧٤) « عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها » فالوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت أى أن المسألة هى تصرف فى الجثة وليس تصرف بين الأحياء ولكن ورود عبارة التبرع فى نهاية النص تفيد أن التصرف قد يقع بين أحياء والهبة لا تكون **إلا** بين أحياء . فالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ يقرر التصرف فى العيون التى يوصون بها أو يتبرعون بها أى أنه يواجه الوصية باعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت والهبة باعتبارها تبرعاً حال الحياة . إذ لا تجوز الهبة فى القانون المصرى إلا بين الأحياء . فلا مفر من تفسير موقف الشرع إلا بإباحة التبرع بالعين حال الحياة (٧٥) والذى يشجع على هذا التفسير أن نص المادة ٤٣ من دستور جمهورية مصر العربية الدائم أجاز إجراء تجارب طبية على جسم الإنسان بشرط موافقته وإزاء ركاكة الصياغة القانونية لهذا النص فالمقصود بإنهاء النص بلفظ أو يتبرعون بها إلا أن التصرف لا يكون بمقابل بل هو تصرف بدون مقابل أى تبرع . ويضيف أنصار هذا الرأى أن بنك العيون وحده هو الذى يقوم بعملية الإستئصال هذه شريطة ألا تمس بأداء الجسم الوظيفى وأن تكون مصلحة علاجية مؤكدة للغير . إلى أنه ينبغى التركيز إلى أنه لا يجوز استئصال عين الحي إلا من أجل استخدامها فى أغراض طبية وليس أغراض

تجريبية . لأن الضرورة تقدر بقدرها فالهدف من هذا القانون هو مساعدة فاقدى البصر على استرداد هذه النعمة . ويؤكد أنصار هذا الإتجاه على أنه إذا كان مبدأ حرمة الجسم المطلقة يستهدف حماية هذا الجسم في عصر لم يكن متصوراً المساس به إلا بقصد الإضرار بالإنسان أما عند ظهور التطور الهائل فى المجال الطبى الذى اكتشف حديثاً مثل عمليات ترقيع القرنية وزرع القلب والكلى والبنكرياس بل فى تقدم مستمر مثل عمليات زرع الدم حديثاً [٧٦]. فلابد من فتح آفاق جديدة أمام الإنسانية تتمثل فى تذليل عقبة المساس بمبدأ الحرمة المطلقة للجسم ولهذا فلابد من تطوير القانون كى يشمل النص الصريح على ذلك » .

الإتجاه الثانى : يذهب أنصاره [٢] إلى أن نص المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ يعوزه الدقة فى تحديد اللفظ والمعنى ولكن ليست هذه بحجة كافية للإعتراض على هذا التصرف ولذلك أضاف أن إجازة التبرع لبنك العيون بعين سليمة يعد أمراً مخالفاً للنظام العام . لأن العين ليست بالجزء السهل فى إجازة التبرع به لكى يحتفظ به البنك لاستخدامه عند الحاجة . والذى يرجح ذلك أن اللائحة التنفيذية لهذا القانون تفرض على الطبيب الذى يقوم باستئصال أن يحدد سبب هذا الإستئصال فالتبرع بعين سليمة ليس فى ذاته السبب القانونى المقصود . بل الغالب أن المقصود هو السبب الطبى . وذلك لأن فقد العين يؤدى إلى عجز دائم ومستديم [٧٧] كما أن لفظ التبرع الذى ورد فى النص ليس تصرفاً بل هو وصف يلحق التصرفات القانونية واستناداً إلى ما سبق ينتهى أنصار هذا الرأى إلى أن المشرع لا يجيز التصرف فى العين السليمة وإنما تجوز الوصية بها لاستئصالها بعد الوفاة فقط . وأخيراً لا يجوز أن تتخذ نص المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ منطلقاً للقياس لإباحة التصرف فى العين بين الأحياء . بل يظل هذا العمل من حيث المبدأ محظور ويدخل نطاق التجريم ، بل والمسئولية المدنية أيضاً » [٧٨] .

إلا أن أنصار الاتجاه الأول ذهبوا إلى القول بأن تصرف الإنسان فى جزء من جسمه من الأجزاء المزدوجة يكون صحيحاً وجائزاً وله أساس من القانون وذلك استناداً إلى استعمال الحق المقرر قانوناً لمرتكبه . ٢ – أى بأن هذا التصرف له أساس من القانون الوضعي فى ظل التشريع المصرى . وذلك استناداً إلى أن نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصرى « لا تسرى أحكام هذا القانون على كل من ارتكب بنية سليمة عملاً مقرراً بمقتضى الشريعة » من الواضح إذن أن يكون العقل مباحاً إذ وقع استعمالاً لحق بضرورة القانون . واعتبر أنصار هذا الإتجاه أن القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ سبب من أسباب الإباحة على أساس استعمال الحق . إذ أن الشخص الوحيد الذى يستأصل العين هو طبيب تابع لبنك العيون . فلولا نص فى هذا القانون لكان مساس الطبيب بجسم المتبرع فيه إحداث لعاهة مستديمة . ولكن هذا القانون يقتصر صراحة على العين فقط فهل يمتد إلى سائر أعضاء الجسم الأخرى التى لا يترتب عليها مساس دائم بالجسد ...

ذهب أنصار هذا الإتجاه [٨٠] إلى أنه يمكن مد

نطاق الإباحة إلى هذه الأجزاء الأخرى من جسم الإنسان باللجوء إلى قواعد القياس فى نطاق الإباحة وهو أمر جائز فى القانون الجنائى لأن القياس الممنوح فى القانون الجنائى هو الذى يخلق الجريمة أو العقوبة ولما كان سبب الإباحة يمس العين أى الأعضاء المزدوجة فى جسم الإنسان فانه لا يمتد إلا لباقى الأعضاء المزدوجة بالجسم مثل الكلية والرئتين . إلا أن البعض يعترض على ذلك ويرى أن القياس الجائز يتوقف على عدم تعارضه مع إرادة المشرع [٨١] فواضعوا النص لم يذهبوا إلى أبعد من العين ولم يدر بخلدهم ذلك . ولذلك يقال أن الأصل هو تحريم تصرف الإنسان فى جسمه وأن الإستثناء هو الإباحة فلا يجوز التوسع فى تفسير الإستثناء . إلا أن أنصار الإتجاه الأول ذهبوا إلى أن نصوص الإباحة ليست استثناء على نصوص التجريم وإنما تتعاون فيما بينها من أجل حماية أهداف أولى بالرعاية فهى قواعد سلبية محددة تمحو من القاعدة الإيجابية الشق الخاص بالنهى عن السلوك لتحل محله حكما آخر[٨٢] كما أن القياس لا يستهدف خلق أسباب جديدة للإباحة وإنما يقتصر على توسيع نطاق السبب بحيث يسجل وقائع لم ينص عليها القانون صراحة .

وتطبيقاً لذلك يمكن القول بأن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ جاء بقاعدة عامة سلبية تجرد من وصف الحرية إذ أن استئصال عين من أجل مصلحة الإنسان عن طريق أعضائها إلى بنك العيون لا يكون جريمة . فقاعدة إباحة استئصال العين يقصد بها رعاية مصلحة أولى من قاعدة التجريم للمساس الجسم وهى مصلحة قطعية مؤكدة . ومما لا شك فيه أن هذه المصلحة تتوافر فى سائر أنواع الأجزاء المزدوجة لجسم الإنسان .

وينتهى أنصار هذا الرأى إلى أن استعمال الحق فى حدوده ودون تعسف عملاً بالمادة الرابعة من القانون المدنى يؤدى إلى انعدام صفة الخطأ فى الفعل الضار . وأن استعمال الحق يرفع عن الفعل الضار صفة الجريمة الجنائية فهو ينفى عنه صفة الخطأ المدنى أيضاً [٨٣] .

رأينا فى الموضوع :

إزاء هذا التعارض بين الرفض والإجازة نرى عدم جواز التصرف فى جزء من جسم الإنسان حتى ولو باتفاق صاحب الشأن . لأن هذا الحظر من شأنه أن يحمى الإنسان من أى مساس بالجسم لأنه يؤدى إلى إحداث عاهة أو فقد عضو حيوى من أعضاء الجسم ولا يعتد بموافقة صاحب الشأن فهى لا تكتفى فى ذاتها لانتفاء المسئولية الجنائية للطبيب . كل ما هنالك أن هذه الموافقة قد تمكن الطبيب من التمسك بحالة الضرورة عند توافر شروطها .

ونذهب مع أنصار الإتجاه الثانى إلى أن الأمر [٨٤] يحتاج إلى تدخل تشريعى ينظم هذا الموضوع ولو فى حدود معينة يكون أساسها أن يباح التصرف فى هذه الأعضاء لأسباب حيوية كأن يباح التصرف فيها بين الأقارب حتى الدرجة الثانية . وأن يكون التصرف بدون مقابل . وأن يتم التصرف بالرضاء الواعى المستنير وألا يصاب المعطى بخطر حال أو محتمل . أما بالنسبة للأجزاء

التى لا يترتب عليها الإنتقاص من السلامة الصحية . فيمكن اجازتها ما دام ليس هناك تعارض مع النظام العام والآداب العامة . فيجوز تصرف الإنسان فى الأجزاء التي تنفصل عن جسده . كالأسنان المخلوعة أو الشعر المقصوص أو الأطراف المبتورة . لأن هذه الأجزاء قد انفصلت عن الجسم فهى تخرج عن نطاق معصومية الجسد (٨٥) .

كما أنه يجوز التصرف فى لبن الأم بإجازة عقد الرضاع بشرط عدم الإضرار بمصلحة ابن المرضع . كما يجوز بيع الدم بشرط ألا تؤدى الكمية المتطرق بها إلى الإضرار بصحة المتصرف(٨٦) . وأخيراً يمكن اتفاقاً مع هذا المنطق إباحة التعقيم المؤقت بناء على طلب صاحب الشأن (٨٧) .

الفصل الأول

التصرف فى جسم الإنسان

تمهيد :

إزاء هذا التقدم الطبى المؤهل فى مجال نقل الأعضاء البشرية . وما رآه فقهاء القانون من وسائل تذلل الصعاب أمام هذا الفريق الطبى المتقدم من رسم السياسة القانونية لمباشرة هذا العمل الذى يسعد البشرية جمعاء . لكى لا يقع الطبيب ضحية للمساءلة الجنائية أو المدنية . فقد أجاز فقهاء القانون تصرف الإنسان فى أحد الأعضاء المزدوجة أى الأجزاء التى لا يترتب عليها مساس بحيوية ووظيفة الجسد . فثار التساؤل . هل يجب أن يكون هذا التصرف تبرعياً أم يكن أن يكون بمقابل وإذا كان بمقابل هل يعتبر عقداً للتصرف فى أعضاء الجسم البشرى وما مدى إجازة هذا التصرف واعتباره مشروعاً سواء كان هذا التصرف حال الحياة أم بعد الوفاة إذ يجوز الوصاية بجثة الشخص المتوفى .

وسنتولى بيان ذلك فى مبحثين الأول يتناول حقيقة التصرف فى جسم الإنسان الحى والثانى يتناول التصرف فى جثة الإنسان المتوفى .

المبحث الأول : حقيقة التصرف فى جسم الإنسان الحى

لما كان الإنسان له حق التصرف فى بعض الأحوال فى الأجزاء المزدوجة من جسمه فإنه يعنى لنا أن هذا الإنسان يمر بمراحل من العمر مرحلة الميلاد حتى سن البلوغ ولذلك ينقسم البحث فى هذا المبحث إلى مطلبين هما :

المطلب الأول : حقيقة التصرف فى جسم الإنسان البالغ

بعد أن بينا الأساس القانونى لمشروعية التصرف فى جسم الانسان . وانتهينا من ذلك إلى أنه لايجوز بصفة مطلقة لكافة أعضاء الجسم البشرى بل يقتصر على . أعضاء الجسم المزدوجة أو الأعضاء التى لايترتب على التنازل عنها المساس المستديم بالجسم وتعطيل للوظائف الحيوية له . ونذهب مع(٨٨) بعض الفقهاء بأننا نستعمل لفظ التنازل حتى يحتمل التصرف على أنه بمقابل أو تبرع فلا نريد القطع بالتبرع وحتى يفتح الباب أمام البيع والمسألة التى دارت المناقشة الحادة حولها هى : هل يجب أن يكون هذا التنازل أو التصرف على سبيل التبرع أم أنه يكون بمقابل انقسم الرأى فى تحليل ذلك إلي اتجاهين :-

الاتجاه الأول :- يرى

أنصاره[٨٩] أن هذا التصرف يجب أن يكون تبرعا . ولهذا لايجب أن يكون المتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء الجسم محترفا فلا يجوز للشخص أن يحصل على قوته من تجارة الدم أو بالتصرف فى أعضاء جسمه . فجسم الإنسان ليس محلا لتجارة . ويبرر أنصار هذا الاتجاه ذلك بأن حق الإنسان على الجسم ليس حقا ماليا بل إن هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ولايمكن أن يصبح حقا ماليا . وبناء على ذلك فلا يستطيع الانسان أن يبيع أى عنصر من العناصر التى تكون جسمه حتى ولو كان الدم البشرى .

فقد كان نص القانون الفرنسى الصادر فى ١٩٥٢/٧/٢١ قاطعا فى نصوصه على عدم استعمال كلمة بيع الدم . كما أن القضاء الفرنسى لايطبق القواعد العامة فى البيع على الشخص الذى يتعهد بتوريد كمية من دمه[٩٠] ولهذا يحبذ فقهاء القانون الفرنسى ألا نستعمل عبارة بنك الدم أو بنك الأعضاء الآدمية وذلك لأن مثل هذه العبارات توحى بإخضاع جسم الأنسان للمعاملات التجارية وهو ما يستبعده أنصار هذا الاتجاه ويذهب أنصار هذا الأتجاه إلى أن ضرورة كون التصرف بدون مقابل لاتتنافى مع تعويض المتنازل عما فقده من قوى نتيجة هذا التبرع ولذلك نجد القانون الفرنسى حدد تعريفه للتنازل عن الدم أى بمثابة تعويض عن اصابه من ضرر . وليس هناك بيع على الإطلاق . فمشروعية التنازل عن عضو من الجسم لاترجع إلى أن المتنازل له سوف يستفيد من ذلك وانما ترجع أيضا إلى أن المعطى سوف يحقق ميزة ذات طابع معنوى هى شعوره بالارتياح لأنه استطاع أن ينقذ الغير . وحتى كان الهدف ماديا للمعطى فإنه يجرد هذا التنازل من كل قيمة معنوية . وذلك لأن القيمة المعنوية هى التى تبرر الخروج على مبدأ حرمة الجسم المطلقة . فقيام شخص ببيع عينه أو كليته فيه مساس لكرامة البشر من أجل المقابل المادى . فلا يقبل أن يضحى الإنسان بسلامة الجسم من أجل مصلحة مادية[٩١] .

فالتبرع هو الذى يحفظ للجسم كرامته لأنه يجعله خارج المعاملات المالية . ولكن لامانع مطلقا من تقديم هدية على سبيل التشجيع أو المكافأة متمثلة فى تقديم المال اللازم لمساعدة المعطى على الشفاء[٩٢] وقد تابع القانون الإيطالى ضرورة أن يكون التنازل تبرعيا فى القانون الصادر فى ١٩٦٧/٦/٢٦ رقم ٤٥٨ فجاء نص المادة الأولى : ضرورة أن يكون التصرف فى الكلية مجانا .

وجاء نص المادة السادسة : بطلان كل شرط يمنح المتنازل الحق فى الحصول على تعويض مالى[٩٣] .

ولكن القانون الإيطالى سالف الذكر أفرد نوعا خاصا من المكافأة حماية للمتنازل فى المادة الخامسة منه : أن المتنازل عن الكلية يتمتع بالمزايا التى يقررها التشريع الخاص بالعاملين المستقلين والقوانين الخاصة بالعجزة . ويجب أن نخضع للتأمين ضد المخاطر الحالية والمستقبلة التى قد تصاحب العملية الجراحية ومضاعفاتها .

وذهب أنصار هذا الأتجاه إلى أبعد من ذلك فعلاوة على شرط التنازل التبرعى فإنهم يشترطون[٩٤] أن تكون هناك

رابطة دم وقرابة مابين المعطى والآخذ حتى يتم استبعاد هؤلاء الأشخاص الذين يتبرعون إلى بنوك الأعضاء بجزء من أجسامهم ولاتكون هناك صلة قرابة بينهم وبين المتنازل إليه . وذلك لأن عدم استبعاد هؤلاء سيحول عملية التصرف فى الجسم من تبرع إلى بيع . ولقد أخذ القانون الايطالى سالف الذكر فى مجال زرع الكلى أنه لايسمح بالحصول على جزء من جسم غير الأقارب إضافة إلى شرط التبرع .

الاتجاه الثانى : يرى أنصاره(٩٥) أنه لامانع أن يكون هذا التصرف معارضة ممن أجيز التصرف فليس هناك مانع أن يتقاضى المعطى مقابل التنازل عن جزء من أجزاء الجسم . فالتنازل بمقابل أو بدون مقابل هى مسألة أخلاقية وليست مسألة قانونية . فالتصرفات التبرعية والمعارضة هى تصرفات مشروعة على حد سواء وليس المقابل المالى من شأنه أن يبطل أى تصرف قانونى . ويذهب هؤلاء إلى أن المال كمقابل للتنازل ليس من شأنه أن يهدر كرامة الانسان . وأن إبعاد جسم الانسان عن دائرة المعاملات لايصلح فى حد ذاته للاعتراض على تقاضى مبالغ مقابل هذا التنازل طالما كان التنازل عن جزء من الجسم مشروعا فهذاالمبدأ لم يهدف إباحة التصرف التبرعى وتحريم التصرف بمقابل . ومما لاجدال فيه(٩٦) ان الانسان يتقاضى تعويضا أى مقابل للضرر الذى أصابه فى أحد أعضاء الجسم وهذا أصبح من الناحية القانونية مشروعاً ولايتعارض مع الأخلاق فالتعويض لايهدر كرامة الانسان وليس من شأنه التقليل من قيمة الجسم فطبيعة التصرف من حيث كونه تبرع أو بمقابل لايمس باحترام الانسان فلا يجب الخلط بين الشهامة والمشروعية(٩٧) فالأولى مسألة أخلاقية والثانية مسألة قانونية» .

رأينا فى الموضوع :

إزاء هذا التعارض بين الاجازة والمنع فى كون التنازل بمقابل أم تبرع نذهب إلى أنه باستطلاع الأمر فى ظل القانونين ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فى شأن نقل الدم والقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص ببنك العيون نرى أن المشرع فى القانون الأول استعمل التبرع بالدم أى بالمجان والتصرف بالبيع لقاء ثمن ولايقترح فى ذلك أن يكون الثمن تافها أى قليل لايتناسب مع كمية الدم من جسم الانسان . ونجد أن القرار الوزارى رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١ حدد ثمن الدم(٩٨) كى يباع للمرضى . فمراكز الدم تبيع الدم إلى المرضى . فهو لايعطى مجانا وإذا كانت الدولة حريصة على مبدأ مجانية التصرف فى الدم لكان لزاما عليها أن تقدمه مجانا للمرضى بصرف النظر عن تكلفة النفقات فى سبيل المحافظة على الدم .

ونستخلص من ذلك أن القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ يستعمل عبارات التبرع ويضع أحكاما تقترب من البيع . فلا غبار فى تحبيذ المقابل أو العوض عن الجزء المتنازل عنه ولكن حتى لايترك الثمن لمشيئة الأطراف مما يؤدى معه الأمر إلى أن يصبح جسم الأنسان محلا للمزايدات المالية . نقترح أن يصدر تشريع يحدد قيمة الأجزاء التى يمكن التنازل عنها من جسم الانسان فهذه الفكرة ليست جديدة على

آفاق القانون الوضعى فقد ذهب قانون التأمينات الاجتماعية ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل بقانون ٢٥ لسنة ١٩٧٧ المعدل . بتحديد نسبة مئوية للعجز أو الاصابة التى تصيب الجسم بالنظر إلى مجموع الجسم . فقد حدد هذا القانون جدولاً بنسب معينة لإصابات العمل والعجز[٩٩] .

أما القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن بنك العيون فيتضح من مطالعة نصوصه أنه لا يجيز التصرف فى العين إلا تبرعاً أى بدون مقابل .

ونرى فى النهاية طالما أنه يوجد فى نصوص القانون الوضعى اعتراف بالبيع وهو أحد الوسائل القانونية للحصول على أعضاء الجسم التى لا تؤثر على الحياة المستديمة للجسد فإنه لامحل للتفرقة بين البيع والتبرع طالما أن المحل مشروع .

المطلب الثانى : حقيقة التصرف فى جسم الإنسان القاصر

تمهيد :-

لما كان القاصر هو الشخص الذى لايتمتع بكامل ملكة الإدراك والتمييز فإنه يصعب القول بإباحة التصرف فى جزء من جسمه . وذلك تأسيسا على أن كثيرا من الأمراض لاتظهر فى مرحلة الشباب ومعرفة احتمالات أمراض الشخص فى المستقبل لايمكن الجزم بقيامها على أسس سليمة إلا إذا كان الشخص تعدى سن القاصر فى غالب الأحوال . ولذلك انقسم الفقه إلى اتجاهات ثلاثة بين مجيز ومحذر فى إباحة تصرف القاصر فى جزء من جسمه .

الأتجاه الأول :

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجوز للقاصر أن يتصرف فى أحد أعضاء جسمه سواء كان هذا التصرف معاوضة أو تبرع ويحددون سن الحدث فى الفترات مابين أربعة عشر عاما وثمانية عشر عاما وتسعة عشر عاما[١٠٠] .

ويبررون وجهة النظر هذه بأن المحاكم الامريكية ذهبت إلى الاعتداد بتصرف القاصر فيما يتعلق بعمليات نقل الكلية دون موافقة ولى الأمر[١٠١] . ولكن لايمكن التسليم بذلك على الأقل بالنسبة للقاصر الذى يكون فى سن الرابعة عشر لأن هذا السن يصعب الاعتداد بالموافقة الصادرة من القاصر حيث لاتكتمل ملكة الإدراك والتمييز والنضج اللازم للقول بتوافر الأهلية بالنسبة لهذا التصرف الخطير . إذ يخشى أن يكون القاصر متأثرا باكراه أدبى مما يجعل هذه الموافقة فيها شك .

الاتجاه الثانى :-

يرى أنصاره أنه لابد من التفرقة بين القاصر المدرك والقاصر غير المدرك . فالقصر أصبحوا فى الوقت الحالى يتحملون كثيرا من المسئوليات وأصبحت ملكات التمييز لديهم متقدمة وخصوصا مع تقدم الوسائل الحديثة للإنماء الفكرى . ومن أجل هذا كله لابد من الحصول على رضاء القاصر متى بلغوا سن التمييز حتى ولو لم يبلغوا سن الرشد القانونى[١٠٢] . وهذا يوضح لدى أنصار هذا الاتجاه ضرورة هذا التمييز بين المدرك وغير المدرك . ويبدو أن أنصار هذا الاتجاه يريدون وضع حد معين لأهلية التصرف فى أعضاء الجسم بالنسبة للقاصر . وقاموا بربط هذه الأهلية بالقدرة على الإدراك والتمييز . فمتى كان الإدراك والتمييز يقترب من

سن الرشد فإنه يعتد برضاء القاصر وموافقة الولى إلا من قبيل الاحتياط . وإذا كان الإدراك لايكفى للاستقلال بالتصرف فيجب أن يكون هناك رضاء بين القاصر ويكمله رضاء من الولى . وفى جميع الأحوال متى كان القاصر مدركا ورفض التصرف حتى بالنسبة لأخيه التوأم[١٠٣] فلا يجبر على ذلك حتى ولو رضى الولى بهذا التصرف . وذلك لأن القاصر لايلتزم بقرار الولى إلا إذا كان غير مدرك .

الأتجاه الثالث :-

يذهب أنصاره إلى أنه لايجوز بأى حال من الأحوال التنازل أو التصرف فى جزء من جسم القاصر لأنه لايملك ذلك حيث لا أهلية له تتيح ذلك ولايوجد من ينوب عنه بالقيام بهذا التصرف . وأن فى جعل ولى القاصر يوافق على هذا التصرف حتى ولو لمصلحة شقيقه التوأم يعطى الولى الحق فى الحياة والموت[١٠٤] وأن هذا التصرف فى جسم القاصر يخرج من مجال النيابة القانونية لأنه ليس فيها مصلحة للقاصر . فمثل هذه التصرفات الخطيرة لايملكها إلا الشخص نفسه متى كان لديه الأهلية الكاملة لذلك التصرف ويأخذ بهذا الرأى الفقه فى تشيكوسلوفاكيا[١٠٥] . ويذهب بعض الفقهاء[١٠٦] استناداً إلى نص المادة الثالثة من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن بنك العيون إلى القول أنه يجوز للقاصر المدرك وغير المدرك أن يتصرف فى جزء من جسمه لأن المشرع استعمل فى نص هذه المادة عبارة القاصر أو ناقص الأهلية «والأخير يشمل السفيه وذو الغفلة» .

رأينا فى الموضوع :

لما كان القول بمشروعية التصرف حتى وقت قريب كان غير جائز . فيجب أن يكون التطور فى هذا المجال مقصورا على البالغين دون القصر . لأن القاصر مخلوق ضعيف البنية ولايتصور أن يكون للولى الحق فى التصرف فى جسم القاصر . إذ يتحدد دور الولى بالقيام على تربيته وإعداده لكى ينمو ويصبح عضوا صالحا فى المجتمع . ولكن إذا كانت هناك ضرورة تقدر بقدرها وذلك كما هو الحال فى حالة إذا كان الآخذ أى المتنازل إليه عن جزء عن جسم القاصر هو شقيق توأم له أو وجود حالة رفض للشخص المريض لجزء آخر لتصرف إليه من الغير . ولكن يمكن تفادى هذا الرفض فإننا لابد أن نتشدد فى هذا التصرف من القاصر ونذهب مع البعض[١٠٧] إلى القول أنه لابد من عدة قيود على هذا التصرف . من هذه القيود . أولاً : لابد من أن يكون الحصول على جزء من جسم القاصر الوسيلة الوحيدة بل والأخيرة لانقاذ المتنازل إليه المريض . ثانيا :- أن يكون القاصر مميزا فلا يعتد بموافقة الولى إذ لايتصور بقول التنازل إلا من شخص مميز ثالثا : اللجوء إلى القاضى المستعجل للإذن بهذا التنازل فالقاضى شخص يلتزم بمبدأ الحياد فهو يحل محل ولى النفس حتى تنتفى شبهة المحاباة . رابعا : ألا يقل عمر القاصر المميز عن أربعة عشر عاما وهو السن الذى يغلب معه اكتمال ملكات الادراك والتمييز قياساً على تحديد قانون الأجراءات الجنائية لسن الشاهد لايقل عن ذلك السن .

تعقيب :-

إذا أجزنا التصرف فى

جسم الإنسان الحى بالغا أو قاصرا بالشروط السالف ذكرها . وأصبحنا أمام شخصين أحدهما يسمى المعطى أو المتنازل والثانى يسمى الأخذ أو المتنازل إليه . فإن هناك مشكلة قانونية تظهر فى الأفق القانونى وهى هل يعتبر هذا التصرف عقداً ويطبق عليه القواعد العامة فى العقود فى القانون المدنى ... ؟ أم أن هذا التصرف يتخذ شكلا آخر غير العقد ولايخضع لتلك القواعد العامة .

بادىء ذى بدء فإن تنازل الشخص عن جزء من الأجزاء المزدوجة من جسمه إلى الغير بمقابل فإن هذا التصرف لايعدو أن يكون عقد تصرف فى أحد أعضاء الجسم الآدمى . ولكن نظراً لأن مجال الاباحة فى التصرفات التى يكون محلها جسم الانسان تتميز بطابع خاص . فلا يمكن معه والحال كذلك أن تطبق القواعد العامة فى العقود على التصرف فى هذا الجزء من الجسد لأننا سوف نجد تعارضا صريحا مع هذه القواعد . وأنه طبقا للقواعد العامة فى العقد يجب تنفيذ العقد بكل شروطه وبحسن نية وأن أطراف العقد يلتزمون بما جاء به وإذا امتنع أحد المتعاقدين على تنفيذها ماالتزم به يجوز للتعاقد الآخر إجباره على ذلك التنفيذ العينى وإذا كان فى التنفيذ العينى مساس بشخص المدين فإن هذا المضرور يلجأ إلى التنفيذ بطريقة التفويض .

فهل نطبق هذه القواعد العامة فى العقود على عقد التصرف فى جزء من جسم الإنسان أم هناك قواعد أخرى يمكن تطبيقها حماية لطرفى العقد المدين والدائن . يذهب الرأى الغالب فى الفقه والقضاء المصرى والمقارن(١٠٨) إلى أن التصرفات التى ترد على جسم الانسان لها طبيعة خاصة تقتضى وضع نظام قانونى خاص يتلاءم مع هذه الظروف حتى ولو كان هناك خروج على أحكام القواعد العامة .

فيرفض الرأى الغالب تطبيق القواعد العامة فى حالة رفض التنفيذ العينى . ولذلك يجوز للمعطى الرجوع أو العدول عن الرضاء فى مجال التصرفات القانونية التى ترد على جسم الإنسان متى شاء فى هذا ولذلك تقرر المادة ١١ من مشروع القانون المدنى الفرنسى «يجوز دائما الرجوع فى التصرف الذى بمقتضاه يتصرف الشخص فى جسمه أو فى جزء من جسمه سواء كان التصرف قابلا للنفاذ حال حياة الشخص أو عند وفاته» . كما فى القانون الأثيوبى المدنى ؟ والايطالى بالنص على هذا المبدأ . وهو حرية العدول للمتصرف فى جزء من أعضاء جسمه كذلك رفض الرأى الغالب أيضا تطبيق القواعد العامة فى الرجوع بطريقة التعويض النقدى بدلا من التنفيذ العينى ولايسمح للمتنازل إليه فى حالة العدول من المتنازل على إجباره على دفع تعريف نقدى بل يقتصر الأمر على مقدار المصاريف اللازمة لإتمام عملية النقل . ولذلك ورد نص المادة ١٩ من القانون المدنى الأثيوبى . من حق المستفيد من التصرف أن يطالب بتعويض المصاريف التى يتحملها نتيجة التصرف الذى سبق ابرامه(١٠٩) .

فالمتنازل لايلزم بدفع تعويض جزاء العدول(١١٠) وهذا الذى ذهب إليه أنصار الرأى الغالب يستهدف توفير أكبر قدر ممكن من الحرية أمام المتنازل عن جسمه حتى لايكون تحت وطأة المادة

وخشيته من دفع مبلغ من التعويض فى حالة العدول مما يجعله يضحى ويرضخ للعملية ونجم عدم اقتناعه بذلك .

فالهدف البعيد هو حماية الجسم وعدم إمكان المساس به إلا بناء على رضاء مستمر حتى إجراء العملية وتنفيذ الوعد بالتصرف فى جزء من أجزاء الجسم .

وذهب البعض إلى القول بأن حرية المتنازل فى العدول عن التصرف تستخلص من استعمال الشرع المصرى فى القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢(١١١) لفظ الايصاء أو التبرع بالعين . فمن المقدر قانونا أنه يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها . كما يجوز الرجوع فى الهبة إذا وجد عذر مقبول للرجوع ويرجع الأمر إلى القاضى فى تقدير الملائمة للرجوع أو فى تقدير عذر الرجوع من عدمه .

ولكن هذا يقتصر على حالة ما إذا كان التصرف تبرعا أى بدون مقابل . أما فى مجال التصرف بعوض فإن العدول لاينطوى على أدنى خطأ عقدى ومن ثم فلا يرجع المتنازل له على المتنازل بأى تعويض ولكن يدق البحث فى مسألة الأساس القانونى الذى يمكن الاستناد إليه فى تبرير حق رجوع المعطى عن التصرف فى أحد أعضاء جسمه ...؟

ذهب بعض الفقهاء(١١٢) أن هذا التصرف مقترن على شرط إرادى بسيط واقف يقتضى القيام بعمل والشرط الارادى البسيط يعتبر صحيحا سواء تعلق بإرادة الدائن أو المدين . ولكن هذا التحليل يكون صحيحا إذا كان محل الاتفاق هو خضوع الشخص لإجراء عملية جراحية . أما فى مجال التصرف فى جسم الشخص . فإن الاتفاق يتوقف على محض إدارة المتنازل [المدين] ومن هنا تكون إزاء التزام معلق على شرط إرادى محض(١١٣) . وهو طبقا للقواعد العامة فى نظرية الالتزام يكون باطلا . ولكن كما سبق أن ذكرنا أن التعاقد فى مجال التصرفات التى يكون محلها جسم الانسان له طابع خاص ومبررات تبرر الخروج على نطاق القواعد العامة فى العقد . ولكن حتى لاتترك ثمة ظروف أمام المتنازل للتلاعب أو التحايل على المرض . كأن يتقاضى مبلغا معينا نظير التنازل ويتم إجراءات التحليل لتوافق الأنسجة كى يمكن التأكد من عدم رفض الجسم الجزء الذى سينقل إليه . ويكون هناك أمل عريض للمتنازل إليه فى الشفاء والتخلص من آلامه . وعند خضوع الشخص المتنازل لإجراء الاستئصال للجزء محل التصرف يرفض لإحساسه بالخطورة التى تلحقه .

فإننا نرى أن إخضاع المتنازل فى حالة العدول عن التصرف إلى إلزامه بالتعويض ليس على أساس العدول فى حد ذاته . وإنما على أساس الأفعال المصاحبة للحق فى العدول . أى عن الأضرار التى لحقت المتنازل إليه من مصاريف تحاليل وأجر طبيب خصص لعملية استئصال العضو الذى يمكن التنازل عنه من المتنازل . والتفويض لايجبر الشخص على تنفيذ تعاقده مع المتنازل إليه ولكن يجعل المتصرف يفكر بشىء من الجدية قبل إبرام هذا التصرف .

المبحث الثانى : حقيقة التصرف فى جثة الإنسان المتوفى

تمهيد :-

بعد هذا العرض السابق فى بيان إباحة التصرف فى أعضاء الجسم البشرى وإقتصارها على أعضاء الجسم التى لاتعطل الوظائف الحيوية لهذا الجسم . أى الأجزاء المزدوجة فى جسم الإنسان وبذلك قد خرجت الأجزاء الأخرى غير ماسبق ذكره من عداد المشروعية . ولذلك أصبح مجال زرع الأعضاء رغم نجاحه وتطوره الأخير فى تلك الأونة من هذا التصرف محدوداً بالنظر إلى البحث العلمى المتقدم فى هذا المجال نظراً لقلة قطع الغيار البشرية . ومن أجل هذا فلا مجال للحصول على هذا الغيار البشرى إلا من جسم الإنسان المتوفى . فهو لن يفيده شىء ولايتألم لانتزاعها منه . ومن ثم فقد أصبح المساس بجثة الإنسان أمراً لا مفر منه . إلا أن الأمر ليس بالسهل الهين . فأغلب البشر يحرصون على احترام الموتى وسيرتهم . وهذا الاحترام يوجب عدم المساس بتلك الأجسام[١١٤] . ويمكن القول أن هذا المساس لايتعارض مع احترام الجثة وخصوصا أن استعمالها سيكون من أجل حياة شخص مريض يحتاج إلى تغيير جزء تالف من جسمه وحتى لايفتح الباب على مصراعيه دون ضابط . ولكى لاتعم الفوضى باغتيال شخص والحصول منه على قطع الغيار البشرية اللازمة[١١٥] لابد من وضع معيار لتحديد وفاة الشخص حتى يمكن التأكد من أن الروح أسلمت إلى بارئها الأعلى . ومن أجل ذلك يجب تحديد معيار منضبط للوفاة . ومامشروعية هذا التصرف ثم بيان كيفية وحقيقة التصرف فى جثة المتوفى .

ولذلك ينقسم البحث فى هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هى :

المطلب الأول : معيار تحديد وفاة الشخص .

المطلب الثانى : مشروعية المساس بجثة المتوفى .

المطلب الثالث : كيفية التصرف فى جثة المتوفى .

المطلب الأول
معيار تحديد وفاة الشخص

تمهيد :-

لما كان الحصول على الأجزاء الوفيرة الحيوية وغير الحيوية من الجثة هو الطريق السريع لتلافى مشكلة تعذر الحصول على قطع الغيار البشرية . فإنه دفعا لكل شهوة علمية فى مجال التصرف فى أعضاء الجسم وزرع الأعضاء من ميت إلى حى ولكى لايقدم شخص على إزهاق روح المعطى أو الشخص الحى كى يحصل منه على جزء مطلوب نقله إلى مريض مدفوعا بشهوة المال أو رغبة الشخص فى مفارقة الحياة بيديه «أن يكون تحديد وفاة الشخص بمعيار قطعى فى الدلالة على انعدام الحياة . وذلك لأن تحديد لحظة الموت يوضح الخط الفاصل بين الحياة والموت فقبل الموت فإننا نكون بصدد إنسان حى يجب على الطبيب أن يبذل كل ما فى وسعه لمعاونته أى تحقيق الشفاء باعتباره ملتزما ببذل العناية[١١٦] فهو يقدم له الوسائل التى من شأنها بث روح الحياة فيه كالإنعاش مثلا . أما منذ لحظة الوفاة

فإننا نكون بصدد إنسان ميت . وهنا نبدأ التفكر فى المساس بهذه الجثة والقانون الوضعى المصرى لم يحدد أو يعرف الموت الطبيعى أو بالحادث . بل جاء نص القانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ واضحا فى إيضاح من الملزم بالإبلاغ والمدة التى يبلغ خلالها بالوفاة إلى مكتب الصحة المختص . فالقانون الوضعى المصرى ترك للطبيب وحده سلطة التحقق من الوفاة وسببها . ولكن لم يحدد للطبيب الوسائل التى يستطيع أن يتحقق من الوفاة فالمسألة إذا هى أمور واقعية يترك تقديرها المطلق سلطة الطبيب طبقا للأصول الفنية الطبية .

ولكن يوجد مايسمى بالموت الظاهرى أى انعدام دقات القلب والتنفس دون انعدام لخلايا المخ . فهو يعتبر الشخص ميتا فى هذه الحالة ...؟

وإزاء هذه المشكلة التى لم يهتم المشرع الوضعى بمعالجتها . فإنه لابد من وضع معيار يحدد فى تحديد لحظة وفاة الشخص . يوجد فى هذا المجال اتجاهان الأول قديم والثانى حديث .

الأتجاه الأول :-

هو اتجاه تقليدى قديم(١١٧) يعرف الموت بأنه التوقف النهائى للدورة الدموية وللتنفس فالموت لايتحقق إلا إذا توقف القلب عن العمل وماتت خلاياه وتوقف التنفس ولكن هذا المعيار كما يذهب البعض(١١٨) غير دقيق لأن توقف القلب عن العمل وتوقف التنفس قد لايكشف إلا عن الموت الظاهرى دون الحقيقى . فهناك وسائل حديثة تعيد للقلب التنفس والعودة من جديد أو الاستمرار لمدة قد تطول أو تقصر مثل الأنعاش أو الصدمة الكهربائية أو تدليك القلب . وكثيرا ماتظل خلايا المخ حية لفترة بعد توقف القلب وجهاز التنفس . وقد يحدث العكس أن تكون خلايا المخ قد ماتت ويظل الجهاز التنفسى والقلب فى حالة عمل. فطالما أن خلايا المخ ماتت فإنه يستحيل عودتها للحياة . ويستحيل معه أيضا عودة الشخص للحياة .

وبناء على ذلك فالاتجاه الذى يرى أن توقف نبضات القلب أو الجهاز التنفسى ليس قاطعا فى الدلالة على وفاة الشخص هذا من جهة(١١٩) ومن جهة أخرى فإن الأخذ بهذا المعيار يؤدى إلى استحالة إجراءات عمليات نقل القلب . لأن القلب يحتفظ بالأنسجة من ساعتين إلى ثلاث وكذلك زرع الكلى لأن الكلى تحتفظ بالأنسجة من ثلاث إلى أربع ساعات وكذلك الكبد يحتفظ بالأنسجة لمدة نصف ساعة . وهو ما يسمى بموت الخلايا الذى يحدث بعد ساعات معدودة من الموت الأكلينكى .

وإزاء هذا الغموض الذى اكتشف هذا التحديد لدى أنصار هذا الاتجاه فلابد من البحث عن معيار آخر يكون أكثر دقة . لكى يمكن الاستفادة من أجزاء الجثة على نحو صحيح يحقق الفائدة المرجوة من هذا المجال الخصب لقطع الغيار البشرية .

الاتجاه الثانى :

هو اتجاه حديث نسبى وقد أجمع فقهاء القانون المقارن على اعتبار الشخص ميتا متى ماتت خلايا المخ حتى ولو كان القلب لم تمت خلاياه(١٢٠) إلا أن هذا الموت لخلايا المخ يجب أن يكون بصورة نهائية . ولكى يمكن التأكد من موت خلايا المخ يجب الاستعانة فى هذا المجال

بجهاز الرسام الكهربائى للمخ . فإذا توقف هذا الجهاز عن اعطاء اشارات فإنه يتفتح إذن أن خلايا المخ قد توقفت عن العمل . وبالتالى يمكن القول بوفاة الشخص نفسه إلا أن هذه الوسيلة لايمكن الاعتماد عليها بصفة أصلية . فلا يجوز الاعتماد على الأجهزة فقط . وإنما لابد من اعطاء الطبيب[١٢١] سلطة تقديرية لاعلان الوفاة بالرغم من عدم اعطاء الجهاز الإشارات . فدور الطبيب يأتى للتأكد من الأعراض الاكلينيكية . وقد أثبت العمل بالفعل خلاف ذلك[١٢٢] أنه لابد من عدم التعويل بصفة أساسية على جهاز رسم المخ الكهربائى وانما يعول على درجة ما يستهلكه المخ من أوكسجين . وبناء على هذا التعريف للموت يمكن إجراء عمليات نقل القلب أو الكلى أو العيون أو البنكرياس فمنذ لحظة وفاة المخ يعتبر الشخص ميتا حتى ولو كانت الأوعية الخلوية لم تمت بعد . فهذه اللحظات هى التى يمكن طبيا اجراء هذه العمليات .

ومتى أعلنت حالة الوفاة فإنه يجب الابقاء على الأعضاء المراد استئصالها باستبقاء وسائل الانعاش الصناعى حفاظا على هذه الأوعية الخلوية .

ولكن تحفظا على هذا الرأى أنه يجب أن يكون تقرير الوفاة بالإضافة إلى استخدام جهاز الرسم الكهربائى للمخ ليس بطبيب واحد فقط وإنما مجموعة من الأطباء على الأقل من الإخصائيين المشهود لهم بالكفاءة العلمية والدراية بالأصول الفنية الطبية وتكون هذه المجموعة التى قد يتراوح عددها مابين شخصين أو ثلاثة على حسب الأحوال غير الأطباء الذين يقومون بعملية النقل من جثة المتوفى الى جسم الحى .

تعقيب :

إزاء هذا الخلاف الذى ثار فى أوساط دوائر الفقه وعدم دقة المعيار التى يستند إليها فى تحديد لحظة الوفاة . فحتى الاتجاه الثانى وإن كان قريبا من المنطق العلمى . إلا أن الاعتماد على الأجهزة العلمية لايمكن أن يبنى عليه تحديد قاطع فى تعريف الموت . فيقرر بعض الأطباء أن جهاز رسم المخ الكهربائى لايصلح كأداة[١٢٣] منفردة للتحقق من الوفاة فى ذاتها فالجهاز لايعكس سوى نشاط المراكز العصبية القريبة للمخ . فهو لايعطى إشارات إلا عن هذه المراكز القريبة أما المراكز البعيدة أى العميقة تكون فى حالة حياة . فمن الضرورى الاتفاق على تجديد مدة يظل خلالها الجهاز لايعطى إشارات بحياة المخ حتى يمكن التأكد من وفاة الشخص[١٢٤] ولقد أشار الفقه الفرنسى بقرار وزير الصحة الفرنسى الصادر فى ١٩٦٨/٤/٢٤ الذى حدد الاحتياطات التى يلتزم الاطباء فى تحديد لحظة الوفاة . فهذا القرار لم يحدد الموت قانونا .

ولكن ترك ذلك الأمر إلى الأصول العلمية وإلى ضمير الأطباء .[١٢٥] كل ذلك يقودنا إلى أنه لابد من وضع معيار حاسم لتحديد لحظة الوفاة . فهل من الأدق أن يكون ذلك بواسطة القانون أم هى مسألة فنية بحتة يجب تركها لذوى أصول مهنة الطب . ؟

لا جدال أنه فى الإجابة على هذا التساؤل . أهمية قصوى فى مجال التعرف فى أعضاء الجسم الآدمى . ووضع المشكلة فى نصابها الصحيح . إذا أن كثيرا من الأطباء المولعين بعمليات نقل

الأعضاء يهمهم إنارة الطريق فى هذا المجال بوضع الضوابط القانونية التى تتضمن عدم تعرفهم للمسائلة المدنية والجنائية .

فقد ذهب البعض[١٢٦] إلى أنه يلزم صدور تشريع فى كل دولة يحدد المقصود بالموت . لأن الرأى العام للجماعة ومنهم الطبيب يريد أن يسير هذا المجال فى طريقه الصحيح عن طريق تدخل المشرع بوضع هذا التعريف . فهو كأى ظاهرة اجتماعية يعالجها التشريع حتى يسود الوئام بين أفراد الجماعات . وطالما أن الضمير الاجتماعى لأفراد المجتمع . يريد أن يطمئن على مسألة التصرف فى جثة المتوفى فلابد أن تأتى القاعدة القانونية محددة هذه الظاهرة فلقد صدر فى ولاية كانساس الأمريكية تشريع فى أول يوليو عام ١٩٧٠ يعرف الموت . وسبب صدور هذا التشريع أنه حدث فى قضية شهيرة تسمى بقضية «بيكى» أن عثرت المحكمة على تعريف محدد للموت منذ القرن السادس عشر . والذى جاء به أن الموت هو توقف جميع الوظائف الحيوية دون أدنى امكانية لعودتها مرة أخرى[١٢٧] ولايكتفى بتنظيم هذه المسألة فى لوائح وآداب مهنة الطب . لأن هذه اللوائح لاتلقى لدى الضمير الاجتماعى لأفراد المجتمع نفس التقدير الذى يكون منظما بقانون عام . إلا أننا نرد على ذلك بأنه إذا كان هناك تنظيم لائحى للموت فاللائحة وهى أدنى درجة من التشريع أو القانون . فهى ملزمة للمخاطبين بأحكامها .

وعلى خلاف ماسبق ذهب البعض الآخر[١٢٨] إلى القول أن الحياة والموت من الظواهر البيولوجية . وتحديد الوفاة من خلال هذه الظاهرة يثير مسألة فنية تتعلق بأصول المهنة الطبية . ولاتثير مشكلة قانونية . فالطبيب هنا لايمس حرمة الجسد . وإنما يقتصر دور الطبيب على تحديد اللحظة الفاصلة بين جسم الانسان الحى وجسم الإنسان الميت . ولا مفر من اختصاص الطبيب بها . وليس للقانون أن يتدخل إلا بوضع بعض القواعد السلوكية التى تسهل على الأطباء أداء هذه المهمة الفنية وبناء على ذلك يذهب أنصار هذا الرأى إلى القول أنه لايجوز أن يصدر تشريع لتعريف الموت . وذلك لأن تعريف الموت بواسطة القانون قد يصبح فى وقت ما غير دقيق بالنظر إلى التقدم العلمى الذى يحدث فى مجال الطب . والذى قد يضطر المشرع فى كثير من الأحوال الى تقدير التشريع بصفة متلاحقة حتى يتسق مع هذا التقدم العلمى .

ويضيف أنصار هذا الرأى إلى أن انضباط القاعدة القانونية لايتلاءم مع ظروف كل شخص على حدة إذ القاعدة القانونية عامة مجردة لاتتناول شخص معين بذاته .

إلا أننا نعتقد أن الجمع بين الاتجاهين بوضع احتياطات فى صورة تعليمات للأطباء كى يستعينوا بها بالإضافة الى الأصول الفنية الطبية هو أمر لازم لوضع هذه الظاهرة فى مكانها الصحيح أسوة بما حدث فى فرنسا من صدور قرار وزير الصحة الفرنسى فى ٢٤ أبريل ١٩٦٨ بوضع ضوابط للأطباء يستولون من خلالها على تحديد لحظة الوفاة .

المطلب الثانى
مشروعية المساس بجثة المتوفى

تمهيد :

إن مبدأ معصومية [129] الجسد أى حرمة الكيان المادى لجسم الإنسان لم يقتصر أثره على جسم الإنسان الحى . وإنما امتد ليشمل حماية جثة المتوفى . فنجد التشريعات الوضعية والعقائد الدينية تحرم المساس بجثة المتوفى . فقد جاء النض فى القانون الجنائى المصرى فى المادة ١٦٠ من قانون العقوبات بتحريم انتهاك القبور أو تحريم أى عمل من شأنه المساس بحرمة الجثة سواء ان هذا العبث قبل الدفن أم بعده . وأفرد المشرع الوضعى عقوبة جنائية لمخالفة هذه الأفعال الإجرامية [130] . وامتدت هذه الحماية فى العقائد الدينية . فقد ورد فى الحديث الشريف « كسر عظم الميت ككسر عظم الحى » [131] . فهناك إذن شعور عام لدى كافة البشر بما يسمى بتقديس الموتى [132] . فيحرص أغلب الناس على احترام الميت وعدم التمثيل بجثته إلى حد الإنتقام والشراسة . وهذا المبدأ الخاص بحرمة الجثة كرامة الجسم الحى . وقفت إلى حد بعيد عائقاً فى سبيل الحصول على قطع الغيار البشرية من جثث المتوفين . ولكن هذه الحرمة يجب أن توضع فى موضوعها الصحيح فى عصر ظهر فيه التقدم الطبى الهائل فى مجال نقل الأعضاء من ميت إلى حى . أى وجود مصلحة عاجلة للمرضى الذين يحتاجون إلى هذه القطع البشرية . والتركيز على الإهتمام بهذه الدراسة يسهل إذا ما انتهينا إلى مشروعية المساس بجثة المتوفى إلى عملية استئصال أعضاء من الجثة . فتقدم دراسة علم الأرواح ألقى الكثير من الضوء على أن الإنسان روح لا جسد [133] وأن الجسد هو القيد الذى توضع داخله الروح ويمنعها من الحركة . كما بين لنا الكثير من صور الحياة فى الحياة الأخرى . ومن ثم فلا داعى لتقديس الجسد على نحو يعوق حركة التقدم العلمى فى مجال نقل الأعضاء الآدمية . وبناء على ذلك فإنه إزاء قدسية الجسد فإنه لابد من التخلل ولو جزئياً من هذا المبدأ بإباحة المساس والتصرف فى الجثة بالقدر الذى يحقق ضرورات التعاون والتضامن الإنسانى فإذا كان يخطر بصفة مطلقة المساس والتعرض لجثة المتوفى . فإن الضرورات تبيح المحظورات . ولذلك سنوضح اتجاهات القانون المقارن والقانون الوضعى المصرى إزاء هذا المبدأ ومبرراته وذلك فى فرعين متتالين هما : .

الفرع الأول :: اتجاهات القانون المقارن

الفرع الثانى : اتجاهات القانون الوضعى المصرى

الفرع الأول
اتجاهات القانون المقارن

كثير من التشريعات الأجنبية تعرضت بالنص صراحة على جواز استئصال جزء من جثة المتوفى وزرعها فى جسم آخر حى . وهى أسبق فى تاريخها من تلك التى تعرضت للتصرف فى جزء من جسم الإنسان الحى . ونخص بالذكر القانون الأسبانى الصادر فى ١٩٥٠/١٢/١٨ . والقانون الإيطالى الصادر فى ١٩٥٧/٤/٣ . والقانون السويدى الصادر فى عام ١٩٥٨ . والقانون الدانمركى

الصادر فى ١٩٦٧/٦/٧ . والقانون البرازيلي الصادر فى ١٩٦٨/٨/١٠ . [١٣٤] وكذلك القانون الفرنسى والقانون الأمريكى والقانون الإنجليزى ونظراً لأن القانون الفرنسى والأمريكى يعتبران أهم القوانين المقارنة فى العصر الحديث فإننا سنتعرض تفصيلاً لهما :

أولاً : الوضع فى فرنسا :

نجد أن القانون الفرنسى قد عدل عن مبدأ الحرمة المطلقة لجثة المتوفى وبدأ يدخل عليها استثناءات كثيرة من أجل مصلحة البشرية . وأجاز العديد من التصرفات فى جثة الشخص بشروط مختلفة . ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أن كل شخص يستطيع أن يتصرف فى جثته كما يستطيع أن يتصرف فى أمواله مع مراعاة ألا تدخل الجثة فى التجارة أو المعاملات فالتصرف لا يكون إلا لأغراض صحية أو علمية .

وقد جاء فى المادة ٣ من القانون الفرنسى الصادر فى ١٨٨٧/١١/١٥ ، أنه يجوز للشخص أن يوصى بكيفية دفنه وتعتبر هذه الوصية ملزمة . فيجب على عائلته احترام هذه الوصية وتنفيذها طالما أنها غير مخالفة للنظام العام أو الآداب وقد علق الفقه الفرنسى على ذلك [١٣٥] بأن الشخص يعتبر سيد جسده بعد الوفاة . ولهذا من حقه أن يحدد كيفية التصرف فى جثته وإرادته تلزم الأقارب والمجتمع . والتصرف الذى بمقتضاه يتصرف الشخص فى جثته أو فى جزء منها يعتبر مشروعاً طالما أن الغرض من التصرف هو توجيه الجثة إلى غرض مشروع .

ولقد صدر فى فرنسا فى ١٩٤٩/٧/٧ قانون خاص بإباحة التصرف فى قرنية العين . فأباح للشخص أن يوصى بقرنية عينه . ومن ثم فإنه يمكن القول أن هذا القانون أجاز مبدأ استئصال جزء من جثة ميت لزراعته فى جسم إنسان حى . ويعتبر هذا القانون من قبيل التطبيقات التشريعية لهذا المبدأ . وكما أن وجود بنوك للعديد من أجزاء الجسم تحت سلطة وإدارة السلطة العامة فى فرنسا يعتبر من قبيل الإعتراف بمشروعية الحصول على أجزاء من جثة الميت . فيوجد بنك العظام وبنك الجلد .

ولذلك نجد أن المادة الرابعة من مشروع تعديل القانون المدنى الفرنسى تسمح للشخص بالتصرف فى جثته لأغراض علمية أو أغراض طبية .

ثانياً : الوضع فى أمريكا :

تطور الوضع فى القانون الأمريكى ووضع أول قانون فى ١٩٦٨/٧/٣٠ وهو يبيح نقل الأعضاء من جثة شخص ميت .

وأهم ما يميز هذا القانون هو السماح للشخص البالغ من العمر ثمانية عشر عاماً فأكثر أن يعطى كل جثته أو جزء منها لغرض من الأغراض التى يحددها القانون . والهبة لا تنفذ إلا بعد الموت أى أن يكون التصرف بالإيصاء . فأول من يسمح له القانون بالتصرف فى الجثة هو الشخص نفسه . فإرادته التى يبديها قبل الوفاة يجب احترامها [١٣٧] والوضع الحالى فى الولايات المتحدة الأمريكية أن هناك ثلاثين ولاية تسمح للشخص البالغ فقط بأن يتصرف فى جثته عن طريق الوصية . وأربع ولايات تسمح بالتصرف فى العين فقط . وستة عشر ولاية

تسمح للأقارب بالتصرف فى الجثة للمتوفى [١٣٨] . وتوصل الفقهاء فى أمريكا إلى السماح للأقارب بالتصرف فى الجثة تأسيساً على ما يسمى بحق الأقارب فى دفن قريبهم المتوفى . ففى الولايات المتحدة الأمريكية من المستقر عليه ومن المعترف به من قديم الزمان أن للأقارب الحق فى دفن جثة قريبهم المتوفى . والحق فى الدفن يشمل الحق فى حيازة الجثة لدفنها وكذلك الحصول على تعويض فى حالة تشويهها أو المساس بها . فمن حق الأقارب بل ومن واجبهم حماية الجثة ضد أى اعتداء غير ضرورى . وأى اعتداء على هذا الحق باستثناء تشريح الجثة لاكتشاف الجرائم من شأنه أن يكون ماسا بأرق المشاعر العاطفية والإنسانية للأسرة وحق الأقارب وحق الأقارب فى التصرف فى جثة قريبهم ينبع من . التزامهم أو حقهم فى ذمته . فالحق فى الدفن يشمل الحق فى التصرف فى الجثة بأكثر الطرق ملاءمة بما فى ذلك التصرف فى الجثة وفى جزء منها لأغراض علمية . فالحق فى الدفن يجب أن يفهم على أنه يعطى للأقارب الحق فى التصرف فى الجثة [١٣٩] وهذا التوسع فى فهم الحق فى الدفن هو الذى يبرر الخروج على المبدأ الخاص بالتصرف فى الجثة لأغراض علمية أو طبية .

الفرع الثانى : اتجاهات القانون الوضعى المصرى

يكاد يجمع الفقه [١٤٠] المصرى على مشروعية التصرف فى الجثة . ويظهر ذلك جلياً من موقف المشرع المصرى فى القانونين ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإنشاء بنك العيون . فيمكن استنتاج إباحة المساس بجثة الميت من حالة التنازل عن العين من أجل إجراء عملية ترقيع القرنية . فقد جاء نص المادة من حالة التنازل عن العين من أجل إجراء عملية ترقيع القرنية . فقد جاء نص المادة الثانية من هذا القانون أن يصدر البنك فى الحصول على العيون من : الموتى وقتلى الحوداث الذين تشرح جثثهم . والوصية هى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . أى أن المشرع أباح التصرف فى جزء من الجثة وهو العين سواء من قتلى الحوادث أو الموتى الذين تشرح جثثهم . فطالما أن هناك مساس بالجثة . فليس هناك مانع إذن من استئصال العين والإنتفاع بها لإنقاذ شخص آخر .

ونجد أيضاً المادة ٢٦ من القانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات « يجوز لمفتشى الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للإحتفاظ بها لأغراض علمية وذلك بعد موافقة ذوى الشأن من أقارب المتوفى » يبين من ظاهر النص أنه قاطع فى جواز المساس بالجثة لأغراض تتعلق بالمصلحة العلمية أو لإجراء تجارب عليها . ويمكن الإستدلال من ذلك التنازل عن جزء من الجثة لتحقيق مصلحة أكيدة للغير هو ما يتفق مع ضرورات التضامن الإنسانى .

ونذهب مع البعض[١٤١] إلى أن هذه النصوص ليست إلا تطبيقاً لقاعدة عامة هى جواز المساس بالجثة من أجل المصلحة الإنسانية القطعية والمؤكدة . فإذا توافرت هذه الشروط فى حالة أخرى فإن الإباحة تمتد إليها .

إلا أنه ينبغى وبحذر شديد

ألا يجوز المساس بالجثة إلا لغرض علاجي . فضرورة الخروج عن مبدأ حرمة الجثة لا يبرره سوى مصلحة إنسانية علاجية وليس مصلحة تجريبية وتطبيقاً لذلك . لا يجوز استخدام الجثة من أجل تحقيق أهداف اقتصادية . كاستعمالها في إنتاج الأسمدة الأزوتية (١٤٢) وذلك لمخالفته للنظام العام .

المطلب الثالث

كيفية التصرف فى جثة المتوفى

تمهيد :

لما كانت الجثة هى المجال الخصب للحصول على قطع الغيار البشرية . فإن الصورة الأساسية للتصرف فى الجثة تكون بناء على وصية صادرة من الشخص قبل الوفاة . ولكن فى غالب الأحوال يموت الشخص دون تحديد لكيفية التصرف فى جثته . فهنا تثور الصعوبة فى تحديد من يملك الحق فى التصرف فى الجثة . أم لا يجوز التصرف فى الجثة . ولذلك سنقسم البحث فى هذا المطلب إلى فرعين متتاليين : .

الفرع الأول : التصرف فى الجثة عن طريق الوجبة

الفرع الثانى : التصرف فى الجثة بغير طريق الوصية

الفرع الأول

التصرف فى الجثة عن طريق الوصية

بادىء ذى بدء أنه لا يجوز الإيصاء بالجثة أو بأجزاء منها إلا إذا كان لأغراض علمية أو طبية . وبهذا تعتبر الوصية مشروعة قانوناً . ويمكن تأسيس شرعية الوصية من الناحية القانونية استناداً إلى نص المادة من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ « أنه يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها » ويمكن مد هذه الإباحة إلى باقى أعضاء الجسم البشرى . وخصوصاً أن المشرع أباح الإيصاء بالعين وهى أغلى جزء من الجسم ونور الحياة عند البشر .

ولذلك نجد أن أغلب القوانين الأجنبية (١٤٢) وتابعها فى ذلك القضاء الأجنبى أيضاً (١٤٣) بالقول أنه رغم أن الجثة لا تدخل فى مجال المعاملات الإقتصادية . فإن من حق الشخص أن يتصرف فى جثته شأنه فى ذلك شأن من يتصرف فى أمواله . فالفرد سيد نفسه حال حياته وله أن يحدد طريقة التصرف فى جثته عند مماته . بل وله حق الشخص أن تحترم إرادته فيما يتعلق بوصيته الخاصة بجثته .

وإذا كانت الإباحة فى التصرف جزء من جثة الإنسان : والجثة بأكملها عن طريق الوصية فما هو الشكل الذى تكون عليه الوصية وهل تنطبق أحكامها على البالغ والقاصر وناقص الأهلية وما هو السن الذى يمكن معه الإعتداد بهذه الوصية . والذى لفت النظر إلى إثارة مثل هذا النقاش بالنسبة للقاصر وناقص الأهلية . هو العبارة الأخيرة التى وردت فى المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ . والتى تشترط الحصول على إقرار كتابى من الموصى وهو كامل الأهلية . فإذا كان ناقص الأهلية أو قاصراً فتشترط الحصول على موافقة الولى . ونعود لما سبق أن ذكرناه بخصوص شكل الوصية وطريقة صياغتها . فإنه يتضح من نص المادة الثانية من القانون

رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فى شأن الوصية فى مصر (١٤٤) تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة . ولا تسمح عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع فيها ... الخ النص .

يتضح من النص المشار إليه . أن المشرع المصرى يشترط لجواز سماع دعوى الوصية عند الإنكار أن تكون إما محررة فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية يصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه . أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه . فالكتابة هنا لازمة لسماع دعوى الوصية وليست شرطاً لانعقادها . والذى يؤيد هذا التفسير ما جاء بنص المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ والتى تقرر ضرورة الحصول على إقرار كتابى من الموصين وهم كاملوا الأهلية .

وأما عن السن الذى يجوز فيه الإعتداد بالإيصاء . فإن المشرع المصرى لم يحدد سناً معيناً ويجب أن نحدد المقصود بكامل الأهلية أى السن التى ينتهى فيها الولاية على النفس (١٤٥) وليس الولاية على المال . ومن المعلوم سلفاً أن سن انتهاء الولاية على النفس فى القانون المصرى هو البلوغ الطبيعى (١٤٦) ببلوغ النكاح والحد الأدنى للتصديق فى ذلك هو تسع عشر للفتاة واثنتا عشر للفتى . وإن كان القاصر مراهقاً ولم يدع ببلوغ النكاح فإن البلوغ يكون بالخامسة عشرة . هذا وقد حدد القانون الأمريكى السن الذى يعتد به فى اكتمال أهلية الإيصاء بالجثة بثمانية عشر عاماً (١٤٧) والتساؤل الذى يثور فى هذا النطاق . ما مدى جواز الإيصاء بجثة القاصر ؟

يبين من استقرار النصوص الوضعية للقانونين ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ ، ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ . فقد كان يشترط القانون الأول للحصول على عيون الأحياء الذين يوصون بها ضرورة الحصول منهم على إقرار كتابى وهم كاملوا الأهلية . فالواضح من ذلك أن الوصية بالعين لا تجوز إلا من كامل الأهلية . ولا تصح الوصية للقاصر ولو رضى القاصر بذلك . وبعد تعديل هذا القانون بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ سالف الذكر جاء بالمادة الثالثة « أنه إذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول من وليه على إقرار كتابى بذلك .

ويتضح من هذا التعديل أنه يجوز للقاصر أو ناقص الأهلية.أن يوصى بعينه بشرط الحصول على إقرار كتابى من الولى ولكن ما المقصود بالولى هنا . نؤكد أن المقصود بالولى ، هو الولى على النفس . ولقد وقع المشرع فى خطأ فى هذا النص حيث ذكر الشخص القاصر أو ناقص الأهلية فى حين أن الولاية على النفس لا تعرف ناقص الأهلية . وإنما تقتصر أحكامها على القاصر فهى تستهدف حماية شخص الصغير وحياته (١٤٨) وكان الأحرى بالمشرع أن يكتف بعبارة القاصر فقط . وإذا كان القانون الوضعى المصرى أجاز الوصية بجثة القاصر . فمن الذى يملك الإيصاء . هل الولى على النفس منفرداً أم أنه يجب موافقة القاصر بالإضافة إلى ذلك .

ذهب البعض إلى أنه يجب موافقة القاصر على التصرف فى جثته ثم يقر الولى ذلك . فمثل هذا التصرف من

التصرفات الخطيرة التى يعتد فيها بموافقة القاصر بنفسه . والمادة الثالثة من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ سالف الذكر تقرر أنه إذا كان الشخص قاصراً فيلزم الحصول على موافقة الولى أى أن الوصية الصادرة من القاصر لا يعتد بها إلا إذا أقرها الولى . ولو كان المشرع يريد السماح للولى بالإيصاء مندداً فى نص المادة الثالثة سالف الذكر فجاء النص « يجوز للولى أن يوصى بجثة القاصر على أن يكون ذلك بإقرار كتابى » فالقاصر هو الذى يتصرف والولى هو الذى يجيز التصرف أو يقره .

إلا أننا نذهب مع بعض الفقهاء من أنه لا مانع من قيام الولى نيابة عن القاصر بالإيصاء بالجثة للأخير . فالوصية هى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . ولهذا فهى لا تشكل خطورة على حيازة القاصر . كما أنه إذا امتد العمر بالقاصر حتى بلغ سن انتهاء الولاية على النفس فمن حقه الرجوع فى الوصية متى شاء .

كما أنه يصعب القول بضرورة موافقة القاصر لأنه يكون فى سن صغيرة وغير مدرك ومن ثم فلا جدوى من اشتراط موافقته . وإن كان القاصر مدركاً أيضاً فلا داعى لموافقته لأن الوصية تصرف لا ينطوى على خطورة حال حياته . فتصرف القاصر ثم موافقة الولى أمر غير متصور إلا فيما يتعلق بحالات نقص الأهلية . وهو نظام لا تعرفه الولاية على النفس .

والأمر لا يخلو من صعوبة على نحو ما سلف بيانه فإذا كان من حق الشخص أن يوصى بجثته لغرض علمى أو طبى . فإن اتباع إجراءات الوصية والتثبت منها بالأوراق الرسمية أو العرفية المصدق على التوقيع عليها ، لا يحقق فاعلية إجازة التصرف فى جزء من الجثة أو الجثة بأكملها إذ فى اتباع إجراءات الوصية العادية يحتاج إلى وقت طويل ويؤدى إلى تخيع أجزاء الجسم وفقدها الصلاحية للإلتئام مع جسم المريض . ولذلك اقترح البعض أن تثبت الوصية فى بطاقة تحقيق الشخصية للموصى . كأن يثبت فى خانة تخصص للكشف عن التصرف فى الجثة ويذهب البعض الآخر [159] أنه يجب عمل بطاقة خاصة بالتبرع بجملها الشخصى مثل رخصة قيادة السيارة أو بطاقة تحقيق الشخصية .

واقترح البعض الآخر [151] نادى تكوين نادى عالمى للمتبرعين بالأعضاء وكل عضو من أعضاء النادى يدتى له وشم على زراعه الأيسر يمثل شعار النادى . ولكن هذا الاقتراح غير مقبول إذ أن الوشم يعتبر علامة غير مستحبة فى معظم البلاد . وقد يستدل منه على سوء الشخص أو سذاجته . كما يصيب فى غالب الأحوال إزالة الوشم للرجوع عن الوصية [152] .

ونرى أن هذه الاقتراحات وإن كان بعضها مقبولا والآخر غير مقبول . فقد يفتقد الشخص بطاقة تحقيق الشخصية أو بطاقة التبرع أو يصاب فى حادث أليم يُذهب الوشم الذى يمكن منه الاستدلال على الإيصاء . وقد لا يعُرف كُلية عما إذا كان هذا الشخص أوصى بجزء من جثته أم لا فهل يجوز التصرف فى الجثة فى مثل هذه الأحوال . واذا أجزنا ذلك كيف يمكن تبرير هذه الإجازة وبالأحرى الأساسى الذى تبنى عليه الأجازة فى حالة عدم

الوقف على الايصاء أو عدم الإيصاء . وهو ما سنعرضه فى الفرع الثانى .

الفرع الثانى

التصرف فى الجثة بغير طريق الوصية

قد يتوفى الشخص دون أن يتعرض لكيفية التصرف فى جثته سواء بالإيصاء أو غيره من الطرق الأخرى ، فإذا ماتوفى الشخص ينتقل الحق فى الحفاظ على الجثة إلى أقارب المتوفى . فيجب عند التعرف بها عدم اعتراض هؤلاء الأقارب أو موافقتهم على التصرف . ولكن تثور هناك بعض المسائل القانونية التى تفرض نفسها على بساط هذا البحث وهى . ما أساس حق الأقارب على الجثة . ومن هم هؤلاء الأقارب . ومدى ضرورة الحصول على موافقتهم . وهل يشترط الموافقة الصريحة أم الضمنية أم يكتفى بالموافقة الإفتراضية» .

المسألة الأولى : أساس حق الأقارب على الجثة :

يعطى القانون الوضعى المصرى بعض الامتيازات للأقارب[153] أو بعض الحقوق التى يمتع بها الأشخاص لمجرد صلة القرابة مثل ماجاء فى نص المادة ٢٢٢ مدنى مصرى التى تعطى للأقارب حتى الدرجة الثانية الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيبهم من جراء موت المصاب .

ولهذا فان حق الأسرة على الجثة ليس حق ملكية . وإنما هو حق الحقوق اللصيقه بالشخصية . لصيق بشخصية الأقارب أنفسهم فهو حق معنوى يستند إلى صلة الدم والقرابة التى تربط أفراد الأسرة .

ولذلك لايمكن القول بأن الموافقة على التصرف فى الجثة ليس من حق الورثة لأن هؤلاء لا يخلفون الشخص إلا في أمواله . ولكنها من حق الأقارب . والقرابه هنا تقوم على أساس صلة الدم .

وفى الغالب الأعم . كثيرا ما يتلاقى الوارث والقريب . ولكن عدم استعمال تعبير الورثة فى الحصول على الموافقة . يدل على أن العلاقة غير مالية ولكنها علاقة دم . ومن أجل ذلك نرى أن المادة الثالثة من القانون ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ تستلزم الحصول على موافقة أقرب الأولياء على النفس العصبات إلى المتوفى . وهذا يدل على عدم اتسام حق الأقارب بأى طابع مالى . وقد حرص المشرع على ايضاح عبارة الولى على النفس حتى لاتختلط بالولاية على المال .

والأصل أن حق الأقارب فى التصرف لاينشأ إلا من لحظة الوفاة . أما قبل الوفاة فإن الحق يثبت للشخص نفسه فقط .

المسألة الثانية : تحديد أقارب المتوفى .

ذهب البعض إلى تفضيل إستعمال لفظ الورثة بدلا من الأقارب وذلك[154] لأن الورثة أكثر تحديدا بل وأقل بكثير من الأقارب .

إلا أننا فضلنا استعمال لفظ الأقارب لأن الجثة لاتورث فهى ليست من الأشياء المادية التى تدخل فى نطاق المعاملات المالية . وهذا الاستعمال يدعونا إلى تحديد هؤلاء الأقارب حتى لا ندخل في مجال ليس له نهاية من الأقارب .

فمن هم الأقارب . يقصد

بالأقارب فى القانون المدنى كل من يجمعه مع الشخص أصل مشترك وهذه هى قرابة الدم التى قد تكون مباشرة أو غير مباشرة . كما أن هناك مايسمى بقرابة المصاهرة . ومن ثم فإن هؤلاء الاقارب يكون عددهم كثير . ولهذا ليس من المنطقى الحصول على موافقة هؤلاء الأقارب جميعا . ومن ثم فقد بات واضحا أهمية قصوى فى هذا الصدد كى نحدد هؤلاء الأقارب الذين يعتد بموافقتهم حتى يمكن إجازة التصرف فى جثة المتوفى ولذلك اختلف الفقهاء الأجانب والمصريين فى تحديد هؤلاء الأقارب وسنعرض لهذا الخلاف فى أوساط دوائر الفقه الأجنبى والوطنى .

(أ) تحديد الأقارب فى القانون الأجنبى :

ذهب بعض الفقهاء الأجانب(١٥٥) إلى أنه يقصد بهؤلاء الأقارب . هم الأقارب الحاضرين بجوار المتوفى باعتبارهم نواب عن باقى الأقارب نيابة قانونية . أو على أساس أن أى شخص منهم يصلح لأن يكون ممثلا للأسرة ومن ثم يمكن أن يقرر بالموافقة على المساس بالجثة . ولكن هذا الرأى مردود عليه من زاويتين . الأولى . أن مجرد التواجد بجوار المتوفى لايعطى هذا القريب ذلك الحق فالأسرة لاتعتبر شخصا معنويا بحيث يمكن أن يمثل أحد أفراد باقى الأسرة . والثانية . أن هذا القبول أو الموافقة التى قد تصدر من أحد الأقارب المتواجدين مشوبا بالضغط النفسى إذ هذا القريب يعيش فى مأساة وفاة عزيز عليه ويستحيل أن يكون هذا القبول صحيحا فهل على الأقل قبول ضعيف .

وإزاء هذا النقد . نجد أن بعض التشريعات الأجنبية لجأت إلى تحديد هؤلاء الأقارب الواجب الحصول على موافقتهم .

فقد ذهب البعض(١٥٦) إلى أنه يجب أن تكون الأولوية للقريب الذى يلتصق أشد الالتصاق بالمتوفى والذى يعتبر بالتالى أقدر الناس على التعبير عن رغباته لو كان حيا . وأولى هؤلاء الأقارب هو الزوج الباقى على قيد الحياة . ولو كان الزوج قد توفى بدوره . أو كان المتوفى غير متزوج فيجب اللجوء إلى ترتيب الأقارب حسب قواعد الميراث فى القانون الفرنسى .

ويرى البعض الآخر(١٥٧) ضرورة الاهتمام بالحصول على موافقة من يعبر أصدق تعبير عن إرادة المتوفى . ولهذا يمكن الحصول على موافقة العشيقة فهى تفضل الأقارب ذوى الدرجات البعيدة وغير المتصلين بالمتوفى .

وفى الولايات المتحدة الأمريكية . يكون الحق فى التصرف فى الجثة للزوج الباقى على قيد الحياة ثم الابن أو الابنة البالغة ثم أحد الوالدين ثم الأخ أو الأخت الشقيقة البالغين وأخيرا أى شخص آخر يسمح له المتوفى قبل الوفاة بالتصرف فى الجثة .

وتشترط المادة الثانية من القانون الصادر فى لوكسمبرج والخاص بتنظيم شروط استئصال أجزاء من الجثة . ضرورة الحصول على موافقة الأقارب المتوفى بحسب ترتيبهم فى استحقاق التركة وذلك حتى الدرجة الثانية وكذلك موافقة الزوج . والوصية الصادرة من المتوفى تغنى عن اللجوء إلى موافقة

هؤلاء الأقارب . أما القانون الإيطالى رقم ٢٣٥ الصادر فى ١٩٥٧/٣ والخاص باستئصال الأعضاء من الجثث. فهو لا يسمح بالمساس إلا بناء على وصية من المتوفى . وفى حالة عدم وجود هذه الوصية . فإن مدير المستشفى الذى ستجرى الاستئصال يجب أن يخطر الزوج وأقارب المتوفى إلى الدرجة الثانية بعزمه على اجراء هذا الاستئصال متى كان يعرف موطنهم جميعا(١٥٨) . ولا يجوز الاستئصال إذا مارضى الزوج الباقى على قيد الحياة أو أحد الأقارب حتى ولو رضى بذلك أغلبية الأقارب وكأن القانون الايطالى يشترط موافقة الأقارب بالاجماع .

(ب) تحديد الأقارب فى القانون الوطنى :-

لما كان الحق فى التصرف فى الجثة من الحقوق المعنوية فانه قد يفهم مما ذهب إليه المشرع المصرى فى المادة ٢٢٢ مدنى «تعويض الأقارب حتى الدرجة الثانية عن الضرر الأدبى الذى يعود عليهم من جراء وفاة المصاب» . أن هؤلاء يعتبرون الأقارب فمن يتألم معنويا لموت القريب يكون من سلطته التصرف في الجثة . ولكن هذا التحليل غير صحيح فى مجال التصرف فى الجثة وذلك لأن القانون يعطى هؤلاء الأقارب جميعا وإن تعددوا الحق فى الحصول على التعويض . ولهذا فإن العدد يعتبر كبيرا ويصعب الحصول على موافقتهم جميعا . كما أن النص لا يسمح بتفضيل الأقرب درجة عن غيره من الأقارب . فالتصرف فى الجثة يحتاج إلى تحديد أكثر دقة لهؤلاء الأقارب ولكننا نذهب مع بعض الفقهاء(١٥٩) إلى أنه يمكن الاستناد إلى نص المادة الثالثة من القانون ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ فى شأن بنك العيون . ومد حكمه على باقى أعضاء الجثة . فهذه المادة تقرر فى مجال العيون «أنه يجب صدور إقرار بالموافقة على استئصال العين من أقرب الأولياء على النفس العصبات إلى المتوفى فى حالة ترقيع القرنية ويراعى فى ذلك مراتب الولاية على النفس وفقا لأحكام القانون . وفى حالة وجود أكثر من واحد من العصبات فى مرتبة واحدة تلزم موافقة أغلبيتهم» .

وكأن المشرع هنا يربط بين التصرف فى الجثة والولاية على النفس . فحق التصرف يثبت للعصبات لأن الولاية على النفس تثبت للعصبات . فالذى ينالهم الأذى من عدم صيانة الشخص هم عصبته . فهم الذين يتكافلون معه فى دفع الأذى . فيشاركون فى الديات إذا جنى . فكان لهم بذلك حق صيانته والمحافظة عليه . وعند وفاته فإن الحق فى الصيانة والمحافظة يمتد إلى الجثة . ومن ثم يثبت الحق لمن كان له الحق وعليه واجب صيانة الشخص والمحافظة عليه . والعصبة هم الأقارب الذكور الذين لاتكون قرابتهم بواسطة الأنثى وحدها . وهم فى أولوية استحقاق الولاية على حسب ترتيبهم فى الميراث . فأولاهم الأبناء ثم الآباء ثم الأخوة ثم أبناؤهم ثم الأعمام وهكذا . ويرجح منهم من كان ذا قرابتين على من كان ذا قرابة واحدة فالأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب(١٦٠) .

وإنما الأمر الذى ينبغى الإشارة إليه وبحق أن المشرع فاته ذكر حق الزوج الباقى

على قيد الحياة إلى جانب العصبات . ويرجع سبب ذلك إلى تأثر المشرع بأحكام الولاية على النفس . وقد خرج عن أحكامها فى بعض الأحوال[١٦١] لأنه فى مجال الولاية على النفس أنه فى حالة تعدد العصبات من درجة واحدة فأولادهم بالولاية أصلحهم وأتقاهم . فإن تساووا فى الصلاح فأولاهم أكبرهم سنا . ولكن قد تظهر مشكلة أخرى فى حالة تعدد هؤلاء كيف تتم الموافقة . ونذهب مع بعض الفقهاء[١٦٢] إلى القول أن النص يعتد بموافقة الأغلبية من العصبات من نفس الدرجة مع ضرورة إضافة الزوج الذى يبقى على قيد الحياة اليهم .

المسألة الثالثة : موافقة الأقارب .

بعد هذا العرض فى تحديد أساس حق الأقارب فى التصرف فى مجال الجثة ومدلول الأقارب الذين يجب الاعتداد بموافقتهم يبقى مسألة أخيرة وهى موافقة هؤلاء الأقارب هل تشترط الموافقة الصريحة أم الضمنية أم أنه يجب الاعتداد بالموافقة الإفتراضية . تنازع الإجابة على ذلك اتجاهين . الأول يذهب إلى أنه يلزم موافقة كتابية والثانية يذهب إلى الإكتفاء بالموافقة المفترضة . فالأصل الإباحة والاستثناء التحريم . وسنعرض لكل من هذين الاتجاهين والتعقيب على كل اتجاه على حده .

الاتجاه الأول : ضرورة الموافقة الكتابية .

يذهب الفقه والقانون الأجنبى إلى ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفى عند التصرف فى الجثة . وتشترط بعض هذه القوانين أن تكون هذه الموافقة المسبقة كتابية[١٦٣] ويرى أنصار هذا الاتجاه أن للأسرة حقا من الحقوق الطبيعية على جثة قريبهم . وإعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر فى فرنسا يقرر أن : ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ليس له حدود إلا فى النطاق الذى يسمح للغير التمتع بذات الحقوق . وتلك الحدود يجب تنظيمها بقانون ولا يجيز شخص على القيام بمالم يأمر به القانون . ومن ثم فإن القانون الفرنسى الصادر فى ١٨٨٧/١١/١٥ الخاص بحق الشخص فى تنظيم كيفية حدوث جنازته يعطى الحق للشخص نفسه قبل الوفاة فى الإيصاء بما يزيد . فإن لم يكن قد أوصى بشىء فى ذلك المجال فإن الفقهاء يعطون ذلك الحق للخروج ثم إلى الوالدين وأخيرا إلى أولاد المتوفى .

وترجع أهمية اشتراط هذه الموافقة لأننا فى صدد المساس بحرمة الجثة . وإذا كان المساس سمح به لضرورة وهى انقاذ حياة المريض . فإن توافر حالة الضرورة بمفردها لاتكفى لمشروعية التصرف فى جسم الانسان . فالمشروعية لاتتوافر فى هذا المجال إلا بتوافر حالة الضرورة من جهة وموافقة المجنى عليه أو أقاربه . فلا يجب اغفال حرمة المساس بالجثة . وبناء على ذلك فإن السلطة العامة لاتستطيع التصرف بمفردها فى الجثة ولو بناء على لائحة[١٦٤] فالتغاضى عن حق الأسرة ينطوى على اعتداء على حرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام .

وأخذا بهذا الاتجاه تنص المادة ٢٦ من القانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ «يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن

الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ لديها لأغـراض علمية وذلك بعد موافقة جميع ذوى الشأن مـن أقـارب المتوفى .

فالقانـون سالـف الذكـر يشترط موافقة الأقارب . وقد كان القانون ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ يشترط للحصول على عيون الموتى أو قتلى الحوادث أو من تشرح جثثهم صدور اقرار بالموافقة على عملية التصرف فى هذا الجزء من الجسم من أقرب الأولياء على النفس العصبات إلى المتوفى . فلابد إذن من الموافقة المسبقـة للأقارب . والقول بغير ذلك يعنـى منـح المستشفيـات المرخص لها بانشاء بنوك العيون سلطة خطف الجثث . بل والاعتداء على حرمة الجثة فيـجب مراعـاة الحقـوق المعنوية لأفراد الأسرة على جثة قريبهم . وأن استئصال جزء من الجثة دون علم الأقارب يعتبر من قبيل سرقة جزء من الجثـة(١٦٥) . بل يعتبر من جهة الطبيب خيانة للأمانة التى عهد إليه بها المريض وأقاربه(١٦٦) . فلا يمكـن التغـاضى عـن رضاء هؤلاء الأقارب . لأن التغاضى عنه فيه هدم لمبادىء اقامتها الإنسانية خلال قرون عديده من أجل قدسية وصيانة جسم الإنسان . فجسم الإنسان حيا كان أم ميتا يجب عـدم التصرف فيه . فهو خارج أى استيلاء . اللهم إلا إذا سمح بالمساس قانونا . أو صدر رضا بالتصرف من انسان تعتبر إرادته حرة تماما . وأيا كانت الامتيازات التى يجب منحها للعلم من أجل تقدمه وفائدته للبشريـة لايـجب الإخلال بمبدأ حرمة الجسم وقدسيته(١٦٧) .

تعقيب :

هذا المبدأ وإن كان يحابى قدسيـة وحرمـة الـجسم البشرى . وكذلك مراعاتـه الضرورات الإنسانية للأسرة إلا أنه يؤخذ عليه ثلاثـة مسالب .

أولا : أن الهدف من إباحة التصرف فـى الجثة هـو الحصول على قطع الغيار البشرية ونقلها فى حالة طيبة لكى تتلائم مع جسم المريض الذى تنقل إليه فى سبيل إنقاذه من الموت الأكبر . فانتظار الحصول على موافقة الأقارب الكتابية . والتى قد يستحيل الحصول عليها فى كثير من الأحوال . لأن الغالب الأعم أن يتوفى الشخص بعيدا عن أهله وذويه أو يكون ضحية حادث من حوادث السيارات . فيه ضياع للوقت ويجـعل الجزء المنعقد العزم علـى استئصال أن يصبح غير صالح لعملية زرعـه فـى جسم المريض .

ثانيا :- أنه ليس مـن العطف والمشاعر الإنسانية أن يطلب من الأقارب فى لحظة الوفاة الموافقة على التصرف فى الجثة . إذ أن هذا الطلب فيه إثارة للمشاعر وهم فى وقت يحتاجون إلى السكينة . وعدم إثارة الأحزان .

ثالثا : القول بالحصول على الموافقة المسبقة مـن الأقارب قبل الوفاة يعتبر من قبيل المشاركة فى حقوق الشخص وهذا غير جائز . إذ أن هؤلاء الأقارب يخلفون المتوفى فى المحافظة على كرامة الجثة منذ لحظة انقضاء الحق الذى كان للمتوفى على جسده .

ونرى تحقيقا من غلواء هذا الاتجاه وحتى يمكن تفادى هذه المسالب أنه يمكن الحصول علـى هـذه الموافقـة هاتفيا(١٦٨) . حرصا على عدم

ضياع الوقت اللازم للحصول على الموافقة الكتابية من الأقارب .

الاتجاه الثانى : الموافقة المفترضة .

يرى أنصار هذا الاتجاه أن رضاء(١٦٩) الأقارب مفترض مالم يعترض أى منهم . فيقيم هؤلاء قرينة بالرضاء المفترض لمصلحة الطبيب لكى يمكن الاستئصال للجزء من جثة المتوفى ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس . ويؤسس أنصار هذا الاتجاه افتراض الموافقة إلى تعذر العثور على الأقارب وقت الوفاة فينتقل الحق فى الاذن بالمساس بالجثة إلى الطبيب باعتباره ممثلا للجماعة .

ولا يجوز للطبيب هذا المساس سرا من وراء الأقارب . إذ عمله هذا يعتبر من ضروب خيانة الأمانة التى يضعها المرضى فى الأطباء ويحدث أزمة ثقة خطيرة بين الطبيب وعائلة المريض .

ففى الأحوال التى يكون فيها المريض فى حالة غيبوبة طويلة وحيث يبدأ الأطباء فى مواجهة احتمال عملية استئصال لأن المخ على وشك الموت فإنه من المستحب أن تخطر الأسرة بذلك وبعزم الأطباء على القيام بعملية الاستئصال . ولكن لايجب أن ينتظر الأطباء حتى وصول الموافقة . فالإخطار وعدم الرد فى وقت مناسب من الوفاة يعتبر بمثابة عدم اعتراض يخول الأطباء الحق بالبدء فى الاستئصال . ويمكن القول إذن أن الأصل هو حرية المساس بالجثة واستئصال الأجزاء اللازمة لنقلها إلى المريض والاستثناء اعتراض الأقارب . ويجب أن يوضح الأمر للرأى العام بأن قرينة الرضاء المفترض للإستئصال تتعلق بضرورات التضامن الإنسانى والمصالح الانسانية وليس من شأنها تعريض جثة الإنسان للامتهان . ويرجح أنصار هذا الرأى بأن الأساس القانونى(١٧٠) لمنح الأطباء هذا الحق . هو أن من يطلب العلاج فى مستشفى يقبل فى نفس الوقت الخضوع للقواعد المعمول بها لادارة وعمل المستشفى بما فى ذلك قبول التسهيلات المعطاة للأطباء لتسهيل أبحاثهم العلمية . وهذا القبول المفترض يقع على عاتق مرضى المستشفيات من أجل المصلحة العامة . فهذا الأتجاه يؤيد السماح للطبيب باستئصال أجزاء من جثة المتوفى فور الوفاة متى كان هناك مصلحة طبية . كمريض يحتاج إلى كلى أو مريض يحتاج إلى قلب أو إلى غير ذلك : وكانت هناك مصلحة علمية . كأن يكون القلب به مرض ومن المصلحة القيام بأبحاث على هذا الجزء من الجثة مادام لم يصله اعتراض قبل البدء فى القيام بهذه العملية .

إلا أن المحاكم الفرنسية اختلفت حول شكل الاعتراض(١٧١) . فيرى البعض منها أنه يمكن أن يكون بأى وسيلة ممكنة كتابة أو شفويا(١٧٢) . فى حين يرى البعض الآخر ضرورة أن يكون الاعتراض كتابيا(١٧٣) .

ولذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يحقق نوعا من التوازن بين المصلحة العلمية وبين مصلحة الأقارب . فالطبيب يستطيع أن يقوم باستئصال الأعضاء اللازمة دون انتظار وفى نفس الوقت تراعى مصلحة الأسرة بالسماح لها بالاعتراض على الاستئصال قبل القيام به(١٧٤) .

والقانون السويدى يضع قاعدة مؤداها السماح باستئصال أجزاء من جثة الميت ولكنه لا يشترط الحصول مسبقا على موافقة الشخص أو الأقارب . وانما يخطر المساس بالجثة إذا اعترض المتوفى قبل الوفاة أو اعترض أحد أقاربه . فهناك قرينة مؤداها افتراض موافقة الشخص قبل الوفاة وموافقة أسرته . ولكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس عن طريق الاعتراض . كما لايسمح بالاستئصال إذا كان ذلك يتعارض مع مبادىء المتوفى أو أقاربه أو إذا كان الاستئصال من شأنه أن يعوق النتائج التى قد يتوصل إليها تشريح الجثة إذا كان هناك ضرورة لذلك(١٧٥) .

تعقيب على الاتجاه الثانى :-

لاشك أن هذا الإتجاه يثير كثيرا من الصعوبات البالغة للطبيب والأقارب وحتى للمتوفى فى ذاتها فأما عن الصعوبة بالنسبة للطبيب . فإنه يكون فى مركز خطير قد يتعرض فيه للمسئولية الجنائية والمدنية إذا أثبت الأقارب أنهم اعترضوا على المساس بحثة المتوفى وأن الطبيب لم يعبأ بهذا الاعتراض وقام بتمزيق جثة المتوفى. ولذلك نجد أن معظم الأطباء فى فرنسا تفاديا لدعاوى المسئولية الطبية يحرصون على الحصول على الرضا الصريح للأقارب(١٧٦) .

وأما عن الصعوبة بالنسبة للأقارب فإن هذا الاتجاه لايوفر لهم حماية فعّالة . خصوصا إذا ما علمنا أن القضاء الفرنسى يقرر(١٧٧) أن استئصال جزء من جثة المتوفى دون طلب مسبق من الأقارب لايعتبر من قبيل الخطأ الذى يعقد المسئولية لجهة الإدارة . فالطبيب لايلتزم بالحصول على الموافقة المسبقة فعلى الأسرة أن تعلم وتعترض بوسائلها الخاصة ويصل الاعتراض قبل المساس بالجثة إلا أن هذا القضاء يعطى هؤلاء الأقارب الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى أو الصدمة النفسية التى تصيب الأقارب من رؤية الجثة فى حالة ممزقه دون أدنى ضمادات.

وأما عن الصعوبة الثالثة بالنسبة للمستشفى فى ذاتها . فإن خشية المساس بالجثة بعد الوفاة دون تمكن الأقارب من الاعتراض قد تجعل الأشخاص يحجمون عن دخول المستشفيات وهو مايعود على المستشفى بالخسارة فى الربح المادى وتقليل الفرص أمام اعطاء هذه المستشفيات فى الحصول على منافع علمية من الأبحاث التى قد تجرى على هذه الجثث . كما أن المستشفى قد تتكبد الكثير من المصاريف والأعباء المالية إذا ما ثبت مسئولية الطبيب الذى يعمل لديها بالرجوع عليه بالتعويض باعتبارها مسئولة عن أعمال التابع . وهى مسئولية قانونية أساسها الضمان القانونى .

ويقترح الفقه الفرنسى تفاديا لهذه الصعوبات . ضرورة ملء المريض أو أقاربه لاستمارة توضح عند دخوله المستشفى ما اذا كان يقبل الاستئصال من جثته أم لا فى حالة الوفاة ويكون للمريض والأقارب مطلق الحرية(١٧٨) فى قبول الاستئصال من عدمه .

ولكن هذا الاقتراح فى غير محله وذلك لأن المريض عند دخوله المستشفى يأمل فى الشفاء .وكذلك الأقارب فلا يتصور من الناحية الواقعية

والعملية أن ... هذه
المسا...
أو ...
عد...
القبو...
...معور
وال... الذهب...
... نستقيم معها القول بأن
... التصحيح دائما يكون
مسوبا ولايمكن التعديل
كما أن موافقة الأقارب
لدخول بالمريض إلى
ستشفى هى موافقة سابقة
ى لحظة الوفاة سابقة على
نشوء حقهم فى حفظ الجثة
وعدم المساس بها وصيانتها .
ويبقى لهذا الاقتراح وجاهته
فى حالة واحدة فقط وهى إذا
المريض فى حالة غيبوبة

ويمكن بعد هذا العرض السالف بيانه لمشروعية التصرف فى أعضاء الجسد الآدمى وإزاء هذه الصعوبات التى تكتنف البحث فى هذا الموضوع بين مجيز لها وبين رافض لتلك الفكرة فإننا نرى علاجا لهذا الوضع وتحقيقا لمسيرة التقدم العلمى الطبى بدلاً من إجازة التبرع أو التصرف فى جسم الانسان

الحى البالغ أو القاصر أن ننشأ
مايسمى ... الغيار
البشرية . ولم نصل ...
لقطع الغيار البشرية حتى لا
...
الاتجار ... الأعضاء إذ أن

التجارية وإذا كنا نقترح أن ننشأ هذا المجمع لقطع الغيار البشرية ماهو التصور الواقعى لهذا المجمع لقطع الغيار البشرية . أى ماهى المصادر التى يمكن الاعتماد عليها فى تحويل هذا المجمع وماهى طريقة إدارته . والمتعاملين معه . ثم ماهى الضرورة التى تقتضى انشاء مثل هذا المجمع البشرى .

...اح بإنشاء مجمع لقطع الغيار البشرية»

تمهيد : بادىء ذى بدء نشير إلى أن هذا الاقتراح لم يأت من فراغ دائما يجد سنده التشريعى فى نص القانون الوضعى رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص ببنك العيون والذى جعل مصادر هذا البنك من عيون الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام . والجثث المجهولة الشخصية . وقتلى الحوادث . وكذلك القانون ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن

تنظيم السجون الذى ينظم تسليم الجثث الخاصة بالمسجونين الذين يتوفون فى السجن ولم ... ذويهم استلامها خلال ...
... إخطارهم بإبداع ...
مكان إلى ...
لحفظ الجثث إلى إحدى الجهات الجامعية وتعتقد أنه عن طريق امتداد أحكام هذه القوانين إلى جميع عمليات استئصال الأعضاء البشرية يكون من الضرورة التى تواكب التقدم الطبى الهائل الذى حدث فى مجال نقل وزراعة الأعضاء الآدمية وتأكيداً على ضرورات التضامن الإنسانى وتخفيف النفع العام للمجتمع . وبعد هذا التمهيد فما هى المصادر التى يمكن أن تكون موردا لهذا المجمع البشرى .

«مصادر مجمع قطع الغيار البشرية» .

رأينا فيما سبق أن المشرع الوضعى أجاز فى القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن بنك العيون أن يكون من بين مصادرة عيون الأشخاص الذين يقتلون فى الحوادث . وعيون الأشخاص من الذين تشرح جثثهم . وكذلك

المحكوم عليهم بتنفيذ عقوبة الاعدام . ويمكن مد نطاق هذا المصدر إلى باقى أعضاء الجسم البشرى وذلك لتوافر ذات العلة . فالعلة تدور مع المعلول وجودا وعدما فلنعرض لكل منها على حدة :-

(أ) المصدر الأول : جثث قتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم :-

لما كان المشرع فى القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ أجاز الحصول على العين من الأشخاص القتلى الذين تشرح جثثهم . فطالما أن الجثة ستشرح فإنه لا مانع من أن يحصل الطبيب القائم بالتشريح على الأجزاء التى قد تصلح من هذه الجثة كالقلب أو الرئتين أو الكليتين أو البنكرياس تناسبا على اجازة الحصول على العيون وذلك دون موافقة أحد ويتم تحليل هذه الأجزاء البشرية التى تم استئصالها ومعرفة نوع الأنسجة أو الخلايا ويتم حفظها فى مادة حافظة ووضعها فى ثلاجات المدة التى يمكن أن تبقى خلالها هذه الأنسجة أو الخلايا فى حالة تصلح لزرعها فى جسم مريض يحتاج إليها .

وننوه إلى أن الجثث التى تشرح فقط هى التى يمكن أن تكون مصدرا لهذا المجمع لقطع الغيار البشرية . ويخرج من عداد ذلك الجثث الخاصة بالموتى الطبيعيين وقتلى الحوادث الذين لم يصدر أمرا بتشريح جثثهم . والعلة فى ذلك أن هذه الجثث لها حرمة وقدسية ولايجب المساس بها واستئصال أجزاء منها دون موافقة أقارب المتوفى . فيجب أن تقدر العلة بقدرها . ولعلنا نتساءل عن إباحة المساس بجثث المتوفين الذين تشرح جثثهم دون موافقة الأقارب . وتقرر أن سبب المساس دون الحصول على موافقة الأقارب هو أن الجثة ستشرح ويتم فحصها للتأكد من سبب الوفاة فلا تتأذى الأقارب من هذا التشريح بل يهمهم وبالدرجة الأولى الوقوف على سبب الوفاة .

(ب) المصدر الثانى : جثث الموتى مجهولى الشخصية» .

يقصد بالموتى مجهولى الشخصية هؤلاء الذين يموتون ولا يعرف لهم ذوى . كموتى حوادث الطريق أو المرور أو مشوهى الحروب(١٧٩) أو المحكوم عليهم بعقوبة مقيدة للحرية وتم ايداعهم مكان حفظ الجثة ولم يحضر ذويهم لاستلامها خلال سبعة أيام من تاريخ الايداع(١٨٠) وكذلك المنفذ عليهم حكم الاعدام الذين لم يحضر ذويهم لاستلام جثثهم . وقد اعترض البعض على هذا المصدر بمقولة(١٨١) أن المساس بجثث هؤلاء يستتبع استحالة التصرف على الجثث وخصوصا فى قتلى الطريق العام الذين لايحملون اثبات شخصية أو المنتحرين . وقد يموت الشخص بشبهة جنائية ويقوم غريمه بتسليم جثته على أنه مجهول الشخصية ويقوم الطبيب باستئصال أجزاء منها يؤدى إلى ضياع معالم الجريمة أو سبب الوفاة . ولكن هذا القول مردود عليه بأنه إزاء التقدم العلمى الحديث فى مجال البحث والتحقيق الجنائى فى اكتشاف الجريمة والتعرف على الجناة . فإن هذا الاعتراض يكون فى غير محله . كما أن هذا الامر أصبح فى تلك الآونة من هذا القرن نادرا .

فيمكن استئصال أجزاء تصلح من هذه الجثث إذا كانت سليمة وتحلل أنسجتها والخلايا

فيها ومعرفة درجة التئامها وحفظها فى مادة حافظة كالفورمالين أو فى ثلاجات حفظ مدة معينة مما يمكن معه أن تصلح لنقلها إلى شخص مريض يحتاج إليها .

(جـ) المصدر الثالث : جثث الأشخاص المنفذ عليهم أحكام الاعدام» .

المقصود بهذا المصدر حتى يزول كل لبس فى هذا المجال أننا نقصد به جثث الأشخاص الذين تم تنفيذ عقوبة الإعدام بهم فعلا وليس المحكوم عليهم بالإعدام . فهؤلاء ينتقل حق التصرف فى جثتهم للسلطة العامة . فإذا كان الشخص المنفذ عليه حكم الإعدام قد أحدث ضررا بالمحيط الاجتماعى . فيجب على الأقل أن يستفاد منه مايصلح بعض الشيء فى هذا المحيط الكائن بالمجتمع وذلك بتغير بعض أخطائه عن أن تصرح الدولة باستئصال مايكون سليما فى جثته كمصدر لهذا المجتمع البشرى . كل ذلك تحقيقا لقررات النفع العام وقد اعترض البعض بشدة على هذا المصدر بمقوله أنه لا يمكن المساس بجثة المحكوم عليه بالاعدام دون إرادته .

فهو لا يجوز له أن يتصرف حتى بالوصية فى بعض أو كل جثته لأن هذا الشخص محكوم عليه بعقوبة جنائية ويمنع طبقا للمادة ٢٥ من قانون العقوبات المصرى من إدارة أشغاله الخاصة وأمواله وأملاكه فهو من باب أولى لا يجوز له أن يتصرف فى جسمه[١٨٢] .

إلا أنه يمكن دحض هذه الحجة بأننا نقصد الحصول على قطع الغيار البشرية من الأشخاص فى المنفذ عليهم بالفعل عقوبة الإعدام وليس المحكوم عليهم بالإعدام المنتظرين التنفيذ لأنه ربما تظهر أدلة جديدة ويعاد التحقيق فيما بعد . كما أن المادة ٢٥ من قانون العقوبات المصرى تمنع المحكوم عليهم من إدارة الأموال فهى خاصة بالولاية على المال أما التصرف فى الجسم فهو فى نطاق الولاية على النفس . ولقد مر القانون المصرى بتطور هام فى مجال الحصول على عيون المحكوم عليهم بالإعدام والذى يمكن معه مد نطاقه إلى باقى أجزاء الجسم لاتحاد العلة فالدولة تحصل على عيون الموتى دون حاجة للحصول على موافقة الأقارب ولكن من الأشخاص الذين نفذ فيهم حكم الإعدام . فهى تعتبر الجثة وكأنها تم مصادرتها للمصلحة العامة وتستطيع التصرف فيها فى الحدود المسموح بها قانونا[١٨٣] . ونعتقد أن امتداد أحكام ذلك القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ إلى سائر أعضاء الجسم الأخرى من شأنه أن يؤدى إلى امكان الحصول على جميع الأعضاء اللازمة .

فبعد تنفيذ الاعدام مباشرة يمكن استئصال القلب أو الرئتين أو الكبد أو البنكرياس أو أى عضو آخر يكون فى حالة سليمة تصلح لنقله إلى انسان آخر حى مريض وذلك على ألا يخل ذلك الاستئصال بتنفيذ عقوبة الاعدام كما هى طبقا لقانون الاجراءات الجنائية[١٨٤] فلا يجوز أن يتم فى غرفة العمليات من أجل الحصول على القلب أو الكليتين مثلا وبهذا يمكن تفادى المساس بجسم الانسان الحى سواء كان بالغا أم قاصراً ووضع عقبات بل وسد الطرق أمام من تسول له نفسه فى بيع جزء من جسده من أجل حفنة قليلة من المال فالجسم البشرى أسمى من أن يقوم بمال . فله قدسية مطلقة .

«إدارة مجمع قطع الغيار البشرية» .

لما كان التقدم الطبى الذى حدث فى مجال زرع الأعضاء البشرية قد أوجب على رجل القانون أن يحدد له الطريق الصحيح لمباشرة هذا النوع من العمليات . وحتى لا نترك المجال مفتوحاً أما شهوة الأطباء فى استئصال وزرع الأعضاء فإننا نقترح أن يكون هذا المجمع ليس فى مركز رئيسى واحد حتى يمكن أن يتاح الفرصة لكافة أنحاء الجمهورية بالانتفاع من مصادر هذا المجمع . دائما يكون هناك مجمع لقطع الغيار البشرية يلحق بكل مستشفى عام فى دائرة المحافظة أو مستشفى تعليمى . ويخصص لإجراء مثل هذه العمليات أطباء متخصصون يدربون على هذا النوع من عمليات استئصال وزرع الأعضاء يكون مشهودا لهم بالأمانة الخالصة . والكفاءة العلمية العالية حتى لانكون بصدد إنشاء حقل لتجارب علمية وإنما يكون هؤلاء الكوادر الفنية الطبية يبغون من وراء هذا الهدف تحقيق النفع العام الاجتماعى . ويكون الاشراف الإدارى والفنى على هذا المجمع لمدير المستشفى التعليمى أو العام ويجوز لهؤلاء الاستعانة بالأطباء الشرعيين من مصلحة الصب الشرعى لطلب المشورة الفنية منهم فى كل ما يعن لهم من أمور قد لا تكون واضحة فى خصوص استئصال أجزاء من الجثة وتقدير مدى صلاحيتها من عدمه وكذلك الاستعانة بأطباء متخصصين فى التحاليل البيولوجية حاصلين على إجازة تخصص فى هذا المجال وذلك لمعرفة أنواع الخلايا والأنسجة ودرجة التئامها وتلاحمها . ويدون كل هذه البيانات فى سجل خاص بذلك أو يغزى جهاز الكمبيوتر بدرجة تلاحم الأنسجة وربطها بشبكة متناسقة . وذلك حتى يمكن الاستفادة من هذه الأجزاء مدة حفظها سليمه .

«المتعاملون مع المجمع وطريقة التصرف فى هذه الأعضاء» .

نقرأ كثيرا فى الصحف اليومية أن أشخاصا كثيرين يحتاجون إلى نقل كلية أو قلب أو بنكرياس أو كبد .

فالمتعاملون مع هذا المجمع هم المرضى الذين يعانون من تلف بعض القطع البشرية وفى استبدالهم ببديل لها ما يجلب لهم الشفاء . فنرى أن الأشخاص الذين لايجدى معهم العلاج لهذه القطع البشرية أو الميئوس من شفائهم فيها هم الذين يستحقون الحصول على البديل من هذا المجمع .

ولكن يثور التساؤل كيف يمكن صرف هذه القطع وخصوصا إذا تنازع عليها عدة مرضى يحتاجون إلى القلب مثلا أو عدة مرضى يحتاجون إلى كلية . ولا يوجد فى هذا المجمع سوى جزء واحد فقط .

لما كان البشر يتساوون جميعا فى الحقوق الإنسانية فلا يفضل الغنى على الفقير ولايقدم العالم على الجاهل . ولا ذوى الحالة السيئة على الأقل سوءاً . وانما الحل فى رأينا حسب أولوية التقدم بالطلب للحصول على هذا الجزء . فيجب أن يخصص سجل لهذه الطلبات يوضح بها دخول المريض واحتياجه لهذا الجزء ويحدد الجزء بالتفصيل بطريقة لايكون فيها لبس أو غموض فإذا كانت أنسجته وخلاياه تتلائم معه أخذا

بالمعلومات الفنية التى تستخدم منه الحسابات الآلية فإن هذا الشخص هو الأولى بهذا الجزء وإذا كان العكس فالذى يحل بدوره هو صاحب الطلب الذى يليه ونرى أن هذا حلا عادلاً ويتفق مع المنطق وضرورات التضامن الإنسانى . وفى نهاية الأمر تزيد الأمور إيضاحا . من أن إعطاء هذه الأعضاء للمرضى الذين يحتاجون إليها على سبيل التبرع ولا يدفع المريض أى مقابل فى سبيل الحصول على هذه الأجزاء البشرية . إيمانا من السلطة العامة بأن تلتزم بتوفير الرعاية الطبية الكاملة لجميع مواطنى الدولة ومنها هذه الرعاية إذ هى تفوق فى أهميتها عملية الطب الوقائى .

الفصل الثانى

مشروعية التصرف فى جسد الآدمى فى الفقه الإسلامى

تمهيد :-

إن العصر الحديث يشهد حلقة من حلقات الصراع بين العلم المادى البحت النابغ من حضارة الغرب . وبين ضوابط التشريع الإسلامى النابعة أصلا من الوحى الإلهى الذى لايأتيه الباطل من بين يديه . ولا من خلفه . وقد بدأ هذا الصراع لدى الأطباء الأوربيين مع الأمراض المستعصية فلقد استعمل هؤلاء الأطباء الأجانب وسائل نرى فى البعض منها تحديا للطبيعة التى فطر الله الإنسان عليها . وهذا بطبيعة الحال يصطدم بضوابط التشريع الإسلامى . كما هو الحال فى استعمال وسائل التدليك الصناعى لإعادة الحياة إلى القلب الذى يتوقف . واستخدام الصدمات الكهربائية فى تحريك الدورة الدموية . وزراعة بعض الأجزاء الآدمية فى جسم الإنسان . سواء كان هذا تبرعا من الشخص السليم أو بيعا وهذا الأخير هو مجال البحث .

وهذا يؤكد لنا أن العلم المادى النابع من الحضارات الغربية لايكفى وحده للاستمرار فى إضفاء المشروعية على التصرف فى أعضاء الجسم الآدمى . بل لابد من ضوابط شرعية حتى يكون العمل الطبى محققا للسعادة البشرية فالعلم والدين لا يختلفان ولايفترقان . بل إن الإسلام حث على الابحاث الكونية حتى يمكن بتلك الأبحاث أن نستجلب رحمة الله بأثارها الطبية خدمة للإنسانية وراحة لها . ولذلك يتعين وضع قيود على ممارسة بعض الاكتشافات الحديثة خاصة تلك التى تتعلق مباشرة بجسم الإنسان . بل يجب على الأطباء المسلمين أن يضعوا نصب أعينهم هذه الآية الكريمة التى جمعت فأوعت «والله خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم جعلكم أزواجا وما تحمل من أنثى ولا تضع إلا بعلمه وما يعمر من معمر ولا ينقص من عمره إلا فى كتاب إن ذلك على الله يسير[١٨٥] وذلك لأن العلم المادى وحده لايدرك الآثار البعيدة للعمل الطبى فى هذا المجال . أما الشرع الحنيف قد جاء من لدن حكيم خبير . وراعى فيه الله سبحانه وتعالى مصالح العباد فى آجلهم وعاجلهم . وقد قال تعالى مصداقا لذلك . «ويخلق مالا تعلمون»[١٨٦] وقوله جل شأنه فى آية أخرى . «وماأوتيتم من العلم إلا قليلا»[١٨٧] .

ولذلك نقسم البحث فى هذا الفصل إلى مبحثين .

المبحث الأول

الحماية الشرعية لجسد الآدمى فى التشريع الإسلامى

المبحث الثانى

مدى سلطة الإنسان على جسده فى التشريع الإسلامى

المبحث الأول

الحماية الشرعية لجسد الآدمى فى التشريع الإسلامى

تمهيد : مما لاشك فيه أن الله سبحانه وتعالى كرم الإنسان وبالغ فى هذا التكريم فقد خلقه من طين ثم نفخ فيه من روحه وجعله بشرا سويا . وليعلم الإنسان أن الجسد من لقى كل هذا التكريم وخفف عن عن كاهله بكثرة التخفيفات . لأن الجسد ليس ملكا له وانما ملكيته إلى الله وحده الذى خلقه بيده وكرمه وأسبغ عليه نعمته الظاهرة والباطنة . ولذلك لابد من التعرض لمظاهر هذه الحماية ببيان صور هذا التكريم . ثم بيان حرمة الآدمى وصيانته عن الابتذال فى مطلبين هما :-

المطلب الأول : مظاهر تكريم الآدمى

المطلب الثانى : حرمة الآدمى وصيانته

المطلب الأول : مظاهر تكريم الآدمى

سبق أن ذكرنا أن الله سبحانه وتعالى كرم الإنسان ووسع فى مظاهر التكريم لهذا المخلوق الذى نسبه إليه بقوله تعالى «يسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربى» ولذلك فقد بات لزاما علينا فى تأصيل هذه المظاهر . أن نستعرض هذه المظاهر فى التشريع الاسلامى الحنيف .

فلنبدأ بالمظهر العام للتكريم :-

لما كان الكرم صفه من صفات الله تعالى بل هى اسم من اسماء الله تعالى «الكريم» فإنه يقصد بالكريم هنا الجامع لأنواع الخير والشرف والفضائل(١٨٨) فلقد عنى الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة بتكريم الانسان عناية منقطعة النظير سواء فى حياته أو بعد مماته ومن ثم تثبت له هذه الحرمة . فيقول سبحانه وتعالى «ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات . وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً»(١٨٩) .

وهذا التكريم يدخل فيه الأبداع الخلقى على هذه الهيئة فى امتداد القامة وحسن الصورة . وحمل الإنسان فى البر والبحر . وخلق الله سبحانه وتعالى العقل والإرادة والقصد والتدبير له فقط . بل خص الله الآدمى بالملذات فى الطعام والشراب والملبس . ثم كان من فضل العلى القدير على الآدمى أيضا أن كرمه بالنطق والتمييز بين الأشياء وخاطبه ربه بمقتضى ماخلق من عقل وهو مناط التكليف وبه يعرف الله سبحانه وتعالى ويفهم كلامه . وفضّل الله الآدمى على كثير من خلقه بالغلبة والاستيلاء والثواب والجزاء والحفظ والتمييز وإصابة الفراسة(١٩٠) فقد ورد فى تفسير ابن كثير رحمه الله : فقد استدل على أفضلية جنس البشر على جنس الملائكة . قال عبد الرازق أخبرنا معمر عن زيد بن أسلم قال : قالت الملائكة ياربنا إنك أعطيت بنى آدم الدنيا يأكلون منها ويتنعمون ولم تعطنا ذلك فأعطنا الآخرة فقال الله

تعالى : «وعزتى وجلالى لأجعل صالح ذرية من خلقت بيدى كمن قلت له كن فكان[١٩١]» وقد ذكر بعض المفسرين أن الآية الكريمة أفادت التكريم والتفضيل ومن ثم كان لابد للفرق بينهما لئلا يلزم التكرار فقال العلماء والأقرب فى ذلك أن يقال : إنه تعالى فضل الآدمى على سائر الحيوانات بأمور خلقية طبيعية ذاتية مثل: العقل والنطق والخط والصورة الحسنة والقامة المديدة وهذا هو التكريم . أما التفضيل فهو أنه عز وجل عرضه بواسطة العقل والفهم لاكتساب العقائد الخفة والأخلاق الفاضلة . وقال بعض العلماء المعاصرين : لقد كرم الله سبحانه وتعالى الانسان بهذه الفطرة التى تجمع بين الطين والنفخة فتجمع بين الأرض والسماء فى ذلك الكيان . وكرمه بالاستعدادات التى أودعها فطرته والتى استأهل بها الخلافة فى الأرض يغير فيها ويبدل وينتج فيها . وينشىء ويركب فيها ويحلل ويبلغ بها الكمال المقدر للحياة . وكرمه كذلك بتسخير القوى الكونية له فى الأرض وإمداده بعون القوى الكونية فى الكواكب والأفلاك . وكرمه سبحانه وتعالى بهذا الاستقبال الضخم الذى استقبله به الوجود وبذلك الموكب الذى تسجد فيه الملائكة ويعلن فيه الخلق جل شأنه تكريم هذا الانسان[١٩٢] .

ومن التكريم أن يكون الإنسان قيما على نفسه متحملا تبعة إتجاهه وعمله . فهذه الصفة الأولى التى كان بها الانسان إنسانا . وحرية الاتجاه . وفردية التبعة وبها استخلف فى دار العمل . فمن العدل أن يلقى جزاء اتجاهه وثمرة عمله فى دار الحساب[١٩٣] .

مظاهر التكريم الخاص :-

لقد كرم العلى القدير فى كتابه الحنيف الذى لايأتيه الباطل من بين يديه أو من خلفه بنى آدم فى مواضع عديدة هى :-

أولاً : حسن الصورة :

لما أراد الله أن يخلق هذا المخلوق ليكون خليفة فى الأرض يعمرها ويستثمرها وينتج فيها ويسيطر على ثرواتها وخيراتها . جاء به على أحسن صورة وغاية فى الابداع . وسوف نذكر تباعا قول الحق جل وعلى فى آيات الذكر الحكيم :-

قوله تعالى : (يأيها الانسان ماغرك بربك الكريم الذى خلقك فسواك فعدلك فى أى صورة ماشاء ركبك)[١٩٤] .

وقوله أيضا : (لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم .)[١٩٥] . وقوله تبارك وتعالى : (قل هو الذى أنشأكم وجعل لكم السمع والأبصار والأفئدة قليلا ما تشكرون .)[١٩٦] يبين من مطالعة هذه الآيات الكريمة جلاء واحتفاء الله تعالى بهذا الخلق الكريم الذى أودع فيه أدق أسراره ونسبه إلى نفسه . تلك الروح ذلك الجسم اللطيف السامى الذى لا يرى والذى قال الله عنه : «يسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربى وما أوتيتم من العلم إلا قليلا)[١٩٧] .

ولما كان حسن الصورة هى أولى مظاهر هذا التكريم الخاص . من ثم فإنه لهذا المظهر أولوية فى القاء الضوء على ماجاء بآيات الذكر الحكيم . كى تتضح الصورة أمام القارىء الكريم .

أن الانسان بحسن صورته . ماجاء بقوله تعالى : «الذى خلقك فسواك فعدلك فى أى صورة ماشاء ركبك» فيجدر بنا فى هذا المقام معنى التسوية وهو أنه سبحانه وتعالى عدل خلقه سوى شكله بأن جعله مستوى القامة جميل الصورة . وناسب بين أعضائه على ما ينبغى . ثم نفخ فيه من روحه فجعله حيا حاسا بعد أن كان جمادا . ثم يلتفت القرآن من الغيبة إلى الخطاب لينبهنا لما كرمنا الله تعالى به فيقول :

(وجعل لكم السمع والأبصار والأفئدة) فهذه الحواس جاءت من تلك النفخة من روح الله التى جعلت من هذا الكائن العضوى إنسانا ذا سمع وذا بصر وذا ادراك إنسانى مميز عن سائر الكائنات العضوية الحيوانية تتميما لتسوية الخلق وتكميلا للنعمة عليهم[١٩٨] .

ومع كل هذا الفيض من الفضل الذى يجعل من الماء المهين ذلك الانسان الكريم . هذا الفضل الذى أودع تلك الخلية الصغيرة الضعيفة كل هذا الرصيد من القدرة على التكاثر والنماء والتطور والتحول . ثم أودعها كل تلك الخصائص والاستعدادات التى تجعل من الإنسان إنسانا . مع كل هذا فإن الناس لايشكرون إلا القليل منهم فى القليل من الأشياء[١٩٩] .

وفى الآية الكريمة . (ياأيها الانسان ما غرك بربك الكريم .. الخ الآيات) خطاب يهز المشاعر ويوقظ الادراك . إذ يناديه الله بأكرم مافيه وهو الانسانية التى تميز بها عن سائر الأحياء وارتفع إلى أكرم مكان وتجلى فيها إكرام الله له ويعاتبه على تقصيره وإهماله بهذا العتاب الجليل (ماغرك بربك الكريم) ويذكره فيه بفضله عليه فيقول : (الذى خلقك فسواك فعدلك فى أى صورة ماشاء ركبك) . هذا السياق القرآنى الكريم يدل على مدى الكرم الإلهى له على هذه الصورة الجميلة السوية المعتدلة الكاملة الشكل والوظيفة أمر يستحق التدبر الطويل والشكر العميق لصاحب الفضل الذى اختار له هذه الصورة السوية المعتدلة التى تبدو فى تكوينه الجسدى . وتكوينه العقلى والروحى فى تناسق واستواء فى هذا الكيان المكرم .

وقد علق بعض العلماء[٢٠٠] بالقول : هذا خطاب للكفار . وقال بعضهم المراد بالإنسان مايشمل الكافر والمؤمن والعاصى . وأن المعنى . ما الذى غرك وخدعك حتى كفرت بربك الكريم . هذا يشمل كفر النعمة . ذلك الإله الذى تفضل عليك فى الدنيا بإكمال خلقك . وحواسك وجعلك عاقلا فاهما وأنعم عليك بنعم لاتقدر على جحد شىء منها[٢٠١] .

أما التسوية فى الخلق فقد علمتها وهى تشمل كل شىء فى الإنسان من حسن الصورة واعتدال القامة وشق السمع والبصر والفؤاد وما إلى ذلك وصدق الله تعالى عندما قال فى كتابه الكريم . (وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها)[٢٠٢] .

ثانيا : التكريم بالاستخلاف فى الأرض :

يقصد بالاستخلاف أن يحل شخص مكان آخر . فقال أهل اللغه[٢٠٣] : استخلف فلان فلانا أى جعله مكانه . وقد ورد فى قوله تعالى : (وقال موسى لأخيه هارون اخلفنى فى قومى)[٢٠٤] .

وإذا كانت اللغة شهدت بذلك فهنا تظهر أهمية قضية الاستخلاف للانسان نظراً

لأنها تنطوى على مسئوليات خطيرة وأهداف جليلة . فهل كان أحد قبل بنى آدم يعيش فى الأرض ؟

لقد أجاب كبار العلماء[٢٠٥] بأنه كان قبله من الملائكة فى الأرض أو من كان قبله من غير الملائكة . والمراد الملائكة الجن حيث كنوا قبل بنى آدم فى الأرض وأفسدوا فيها إفسادا عظيما . وهذا معنى قول الملائكة لله عندما أخبرهم بخلقه بشرا من طين قالوا (اتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء) ؟

وأصل هذا الاستخلاف ما جاء به القرآن الكريم فى قوله تعالى : (وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويفسك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إنى أعلم مالا تعلمون)[٢٠٦] .

وقال ابن كثير فى تفسير قول الله عز وجل : (إنى جاعل فى الأرض خليفة) أى قوما يخلق بعضهم بعضا قرنا بعد قرن . أو أن المراد بالخليفه معنى الخالق على وزن فاعل لمن قبله من الملائكة كما قال بذلك القرطبى وغيره . وقيل كل من له خلافة فى الأرض[٢٠٧] .

ووظيفة الخلافة فى الأرض تقتضى عمارها وإقامة حدود الله وتنفيذ قضاياه على مقتضى شرعه . وقد خاطب الله الملائكة بهذا الخطاب لا للمشورة على الرأى الراجح[٢٠٨] وإنما لإخبارهم واستخراج ماعندهم . وعندئذ سألت الملائكة عن هذا الخبر ليستكشفوا ما خفى عليهم من الحكمة الباهرة فى هذا المخلوق الجديد وقد توجسوا منه خيفة الإفساد فى الأرض وسفك الدماء على نمط ما كان يفعله الجن من قبل . فليس فى سؤالهم اعتراض على الله تعالى ولا طعنا فى بنى آدم على وجه الغيبة فإنهم أعلى من ذلك وأكرم حيث قال الله عنه (لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون مايؤمرون)[٢٠٩] .

وقال سبحانة وتعالى : (بل عباد مكرمون لا يسبقونه بالقول وهم بأمره يعملون)[٢١٠] . فكان استفهامهم عن طريق القياس لأحد الثقلين على الآخر . (أتجعل فيها من يفسد فيها) بالمعاصى وذلك يمقتضى القوة الشهوانية . (ويسفك الدماء) بغير حق بمقتضى القوة العضلية كما فعل الجن من قبل . فإن كان القصد من الخلافة فى الأرض العبادة فنحن نسبح بحمدك ونقدس لك . ولذلك جاء الرد عليهم من صاحب الحكمة البالغة قال : (إنى أعلم مالا تعلمون) وظهر ذلك جليا فكان من الخليقة أنبياء ورسل صالحون وساكنو الجنة . وفسر بعض العلماء تلك الآية الأخيرة على أنه تعالى أعلم أنهم يذنبون ويستغفرون فأغفر لهم . وقيل أعلم من وجود المصلحة والحكمة مالا تعلمون[٢١١] .

وقد أكد الله تعالى فى كتابه هذا التكريم للجنس البشرى ليمكن للانسان تخفيف خلافته فى الأرض . من ذلك قوله تعالى : (هو الذى أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها)[٢١٢] .

ويبرز القرآن فضل الله عز وجل فى مسألة التمكين فى الأرض فيقول سبحانه : (ولقد مكناكم فى الأرض وجعلنا لكم فيها معايش قليلا ما تشكرون)[٢١٣] .

وهذه الآية الكريمة توضح

لكل ذى بصيرة ما جعله الله لبنى آدم فى الأرض من القرار والمهاد وهيأ لهم فيها أسباب المعيشة حيث أمر كل ما فى الأرض أن يتفاعل مع الانسان إذا هو جد فى استخراج كنوزها وإلا فإن الحرث ووضع الحب فى الأرض لا يمكن أن يخرج نباتا بذاته . فقد قال تعالى : (أفرأيتم ما تحرثون أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون لو نشاء لجعلناه حطاما فظللتهم تفكهون)[٢١٤] ثم ذكر فائدة أخرى من فوائد العيش وهى ضرورة للبشر فى قوله تعالى : (أفرأيتم النار التى تورون أأنتم أنشأتم شجرتها أم نحن المنشئون)[٢١٥] .

وجملة القول فى التمكين فى الأرض وجعل المعايش يتبين لنا فى هذا الزرع الذى ينبت بين أيديهم وينمو ويؤتى ثماره مادورهم فيه ؟ إن الحبة تأخذ طريقها لاعادة نوعها تبدؤه وتسير فيه سير العاقل العارف الخبير بمراحل الطريق الذى لايخطىء مرة كما يخطىء الإنسان . وتلك رحلة لا يمكن للعقل أن يصدقها قبل أن يراها وما كان الخيال يتصورها . وهذا الماء أصل الحياة وعنصرها الذى لا تنشأ ولا تستمر إلا به من الذى أنزله .؟ إن كل دور الإنسان أن يشربه دون أن يدفع له ثمنا على الرغم من أنه أغلى شيء فى الوجود فمنه وعليه يعيش كل حى . وهذه النار التى لا يستغنى عنها إنسان وقد قامت عليها حضاراته ولكنها أصبحت أمرا مألوف لا يثير الاهتمام ومن الذى أنشأ شجرتها .

وبعد فإن هذه منزلة عظيمة . منزلة هذا الإنسان فى نظام الوجود على هذه الأرض الفسيحة وهو التكريم الذى شاءه خالقه الكريم[٢١٦] .

وأخيرا : فإن الخلافة فى الأرض تعنى أن يكون الإنسان شاكرا لأنعم الله عليه على هذا التكريم وذلك التفضيل والشكر يكون بالقول كما يكون بالعمل فلابد من تحقيق العدل بين الناس والتمكين للحكم أن ينتشر ويسود وجه الجياة . ألم تر إلى قوله تعالى : (ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب)[٢١٧] .

ونوضح هنا المقصود بالحكم بالحق أى بالعدل الذى هو حكم الله بين عباده لأن الأحكام إذا كانت مطابقة للشريعة الحقه الإلهية . انتظمت مصالح العالم واتسعت أبواب الخيرات . وإذا كانت الأحكام على وفق الأهوية وتحصيل مقاصد الأنفس أفضى ذلك إلى تخريب الحياة ومافيها . وذلك يفضى إلى هلاك ذلك الحاكم[٢١٨] .

ثالثا : التكريم بالعلم :-

لما كان العلم هو الطريق الأوحد للوصول إلى الوحدانية والتنير فى خلق الله سبحانه فقد خص الله به بنى آدم من البشر . فهو رسالة الله الأولى إلى خلقه وعباده الذين بعث فيهم الأنبياء والرسل . فهو خصلة كل عظيم من عظماء الإنسانية فقال تعالى : (وعلم آدم الاسماء كلها ثم عرضهم على الملائكة فقال أنبئونى بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين قالوا سبحانك لاعلم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم قال ياآدم أنبئهم بأسمائهم فلما أنبأهم بأسمائهم قال ألم أقل لكم

إنى أعلم غيب السموات والأرض وأعلم ما تبدون وما كنتم تكتمون)[٢١٩] .

وآدم نبى مرسل بدين الإسلام وهو دين الله سبحانه الذى قال عز وجل عنه (إن الدين عند الله الإسلام)[٢٢٠] .

وآدم[٢٢١] أول مخلوق بشرى تحدث الله عنه خلقا وتصويرا وتسوية ونفخا فيه من روحه . كما تحدث عنه خليفة فى الأرض . ووهبه العلم ليستطيع النظر فى الأشياء والتصرف على هداه فعلمه أسماء الأشياء كلها .

والأسماء هى العبارات الموضحة لأسماء المسميات على ما قال به أكثر العلماء وقد أكد الله علم آدم تأكيدا عاما فى قوله (الأسماء كلها) وكلمة كلها تفيد العموم مما يتضح منه أنه تعالى علمه جميع الأسماء ولم يخرج عن هذا شىء منها .

والمراد بعلم الأسماء والألفاظ والمعانى والأفراد والتراكيب والحقيقة والمجاز[٢٢٢] ثم يستطرد السياق القرآنى فى بيان تكريم آدم وبنيه فيقول سبحانه بعد أن علمه أسماء الأشياء «ثم عرضهم على الملائكة» يعنى تلك الأشخاص أو تلك المسميات ولم يقل «عرضها» لتغليب العقلاء عليهم . والذى يظهر أن الله علم آدم الأسماء وعرض عليه مع ذلك الأجناس أشخاصا ثم عرض تلك على الملائكة وسألهم عن أسماء مسمياتها التى قد تعلمها آدم (فقال أنبئونى»[٢٢٣] بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين) .

والأمر فى قوله تعالى «أنبئونى» أمر تعجيز لقصد التبكيت لهم مع علمه بأنهم يعجزون عن ذلك وما قالت الملائكة (سبحانك لاعلم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم وقد استدل البعض بهذه الآية على أن آدم عليه السلام نبى مرسل متكلم . كما تفيد مزية العلم . وأنه شرط فى الخلافة . وأن آدم مفضل على الملائكة . ولذلك قال بعض العلماء[٢٢٤] لما أراد الله إخطار فضل آدم على الملائكة لم يظهره إلا بالعلم . فلو كان شىء أشرف من العلم لكان إظهار فضله بذلك الشىء لا بالعلم . ومن ثم أمر الله الملائكة بالسجود لآدم لأجل فضيلة العلم . ولما كان للعلم الأثر البالغ فى الإصلاح والتوجيه دعا الاسلام إليه ورغب فيه والأصل فى ذلك قوله تعالى (يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعملون خبير)[٢٢٥] والمراد بالعلم هنا العلم الشرعى والمعنى يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم فى الثواب فى الآخرة وفى الكرامة فى الدنيا . فيرفع المؤمن على من ليس بمؤمن والعالم على من ليس بعالم .

وقال ابن مسعود : مدح الله العلماء فى هذه الآية . فيرفع الله الذين أوتوا العلم على الذين آمنوا ولم يؤتوا العلم درجات فى دينهم إذا فعلوا ما أمروا به أو المراد درجات كثيرة جليلة كما يشعر به المقام[٢٢٦] .

وقد عطف الذين أوتوا العلم على الذين آمنوا من قبيل عطف الخاص على العام تعظيما له كأنهم جنس آخر .

فهل هناك تكريم لأى خلق آخر غير بنى آدم أكثر من هذا التكريم ؟.

وفى رأينا : أن دعوة الإسلام إلى العلم والتعلم الهدف منه حث الناس على

تعلم القراءة والكتابة . وهما دعامتان أساسيتان لكل طالب علم حتى إن المسلمين كانوا يطلقون سراح الأسير إذا هو علم عدداً من المسلمين القراءة والكتابة . وهكذا استطاع المسلمون أن يصلوا إلى مرتبة من الرقى لأنهم تسلحوا بالدين والعلم معا فعرفوا الله وتعلموا وعلموا وكتبوا كثيرا فى شتى العلم والفنون . وهكذا يستطيع الدين والعلم معا دون فضل بينهما أن يقيموا حضارات عريقة وأمما راقية فى ظل التمسك بتعاليم الإسلام الحنيف من آدم إلى محمد ﷺ وإلى قيام الساعة إن شاء الله .

رابعا : التكريم بأمر الملائكة أن تسجد لآدم :

يقصد بالسجود لغة معان متعددة . منها السجود بمعنى الخضوع فى العبادة وهو لايكون لغير الله[٢٢٧] وقد يقصد به التعظيم . وقد يقصد به التحية أى الانحناء والتطامن إلى الأرض .

ودليل الاستنتاج للمقصود الأول قوله تعالى (فاسجدوا لله واعبدوا) ودليل المقصود الثانى (إنى رأيت أحد عشر كوكبا والشمس والقمر رأيتهم لى ساجدين)[٢٢٨] .

ودليل المقصود الثالث[٢٢٩] قول بعض العلماء : سجد الرجل إذا طأطأ رأسه وانحنى ومنه الميل يقال : سجدت النخلة إذا مالت .

والأصل فى أمر الله تعالى الملائكة أن تسجد لآدم تكريما له قد ورد فى أكثر من موضع فى القرآن الكريم .

فقال تعالى : (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين)[٢٣٠] .

وقوله جل شأنه (لقد خلقناكم ثم صورناكم ثم قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس لم يكن من الساجدين قال مامنعك ألا تسجد إذ أمرتك قال أنا خير منه خلقتنى من نار وخلقته من طين)[٢٣١] .

وكذلك قوله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن ففسق عن أمر ربه أفتتخذونه وذريته أولياء من دونى وهم لكن عدو بئس للظالمين بدلا)[٢٣٢] .

يستدل من هذه الآيات أن الله تبارك وتعالى قد شرف آدم وذريته . حيث أمر الملائكة بالسجود له تكريما لهذا الخلق الذى خلقه وسواه بيده وجعله فى أحسن تقويم .

وهذا التكرار يعنى أن لكل آية معنى معين . فالآية الأولى فسرها البعض : أن الملائكة لما استعظموا بتسبيحهم وتقديسهم أمر السجود أمرهم بالسجود لغيره ليريهم استغناءه عنهم وعن عبارتهم . وقال البعض : إنهم عيروا آدم واستصغروه ولم يعرفوا خصائص به فأمروا بالسجود له تكريما ويحتمل أن يكون الأمر بالسجود له عقابا لهم على قولهم (أتجعل فيها من يفسد فيها)[٢٣٣] . وهذا كله يعنى الحكمة من الأمر بالسجود .

أما الاستثناء فى قوله «إلا إبليس» فقال القرطبى نصب إبليس على الاستثناء المتصل لأنه كان من الملائكة على قول الجمهور فقد استكبر واستعظم أن يسجد لآدم وبذلك كان من الكافرين[٢٣٤] .

أما الآية الثانية : فهى تعطى هذا المعنى عن طريق الحوار بين الله تعالى وإبليس وفيها زيادة فائدة وهى أن ابليس

استخدم القياس المنطقى فى مواجهة الأمر الإلهى وكان بذلك أول من استخدم المنطق وكان سبب كفره لأنه لاقياس مع وجود النص من الله تعالى أو من الرسول ﷺ .

أما عن الآية الثانية . فهى تعطينا تصورا بأن إبليس كان من الجن وليس من الملائكة . والجن غير الملائكة . وقد أجاب القائلون بأنه كان من الملائكة بأنه لا يمنع أن يخرج إبليس من جملة الملائكة لما سبق فى علم الله بشقائه عدلا منه وهو سبحانه لا يسأل عما يفعل . وليس فى خلقه من نار ولا فى تركيب الشهوة حين الغضب عليه ما يدفع أنه من الملائكة . وأما قوله «ففسق عن أمر ربه» معناه خروج عن طاعته سبحانه . ثم حذر الله سبحانه وتعالى بنى البشر من إبليس وذريته بطريق الاستفهام الإنكارى والتعجب فقال (أفتتخذونه وذريته أولياء من دونى) وهذا دليل على أن إبليس له ذريته وأولاده يتناسلون أما الملائكة فليس لهم ذلك[٢٣٥] .

وقال بعض المفسرين إن السجود كان يوم الجمعة من وقت الزوال إلى العصر[٢٣٦] وكان أول من سجد لآدم جبرائيل ثم ميكائيل ثم إسرافيل ثم عزرائيل ثم الملائكة المقربون والله أعلم .

خامسا : التكريم فى المطعم والمشرب :-

بلغ تكريم الله سبحانه وتعالى لجنس البشر باختصاصهم بالطيبات من الطعام والشراب تأكيدا لهذا التكريم دون تفرقه مابين إنسان وآخر . وذلك بأن أحل بعض الأطعمة وحرم البعض الآخر .

فقد جاء فى آيات الذكر الحكيم[٢٣٧] (ياأيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا ولا تتبعوا خطوات الشيطان إنه لكم عدو مبين) .

وقد اختلف المفسرون فى سبب نزول هذه الآية[٢٣٨] فقال البعض أنها نزلت فى قوم من ثقيف وبنى عامر وخزاعة حيث حرموا التمر والأقط على أنفسهم من الحرث والأنعام . وقال آخرون[٢٣٩] أنها نزلت فى المشركين الذين حرموا على أنفسهم السائبة وهى التى كانوا يسيبونها لآلهتهم والوصيلة من الغنم حيث حرموا على أنفسم لحم الإبل لما كان حراما فى دين اليهود . وعلى أية حال فإن العبرة بعموم اللفظ «ياأيها الناس» لا بخصوص السبب ولكن قبل الدخول فى تفصيلات الشرح . ما المقصود بالحلال : يقصد بالحلال لغة مايجده الفم لذيذا لا لايعافه ولا يكرهه أو تراه عينه طاهرا عن دنس الشبهة . وسمى الحلال كذلك لانحلال عقدة الخطر منه[٢٤٠] والحلال شرعا ما نص الشارع على حله . ولم يكن فى الشرع ما يدل على حرمته[٢٤١] وقد ورد النداء من العلى الكريم ياأيها الناس . بالأمر فى قوله تعالى «كلوا» .

وقد اختلف علماء التفسير فى صيغة الأمر هل هى للإباحة أم للوجوب . فذهب بعضهم إلى القول أن الأمر هنا للإباحة[٢٤٢] فقد أباح الله الناس أن يأكلوا مما فى الأرض فى حال كونه حلالا من الله طيبا أو مستطابا فى نفسه غير ضار للأبدان ولا للعقول . وروى ابن كثير بسنده إلى ابن عباس قال : تليت هذه الآية عند النبى ﷺ (ياأيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا) فقام سعد

بن أبى وقاص فقال يارسول الله أدع الله أن يجعلنى مستجاب الدعوة فقال «ياسعد أطلب مطعمك تكن مستجاب الدعوة والذى نفس محمد بيده إن الرجل ليقذف اللقمة الحرام فى جوفه ما يتقبل منه أربعين يوما وأيما عبد نبت لحمه من السحت والربا فالنار أولى به .

وأما قول تعالى «مما فى الأرض» فمما هنا للتبعيض إذ لا يأكل كل مافى الأرض وهى تفيد القطع بأن مافى الأرض ماهو حرام كالحجارة لا يؤكل أصلا وليس كل ما يؤكل يجوز أكله فلذلك ورد اللفظ «حلالا»(٢٤٣) .

وفى الآية دليل على أن الله تعالى هو الرزاق لعباده وأنه هو الذى يشرع لهم الحلال والحرام وهذا فرع عن وحدانية الألوهية . فالجهة التى تخلق وترزق هى التى تشرع فتحرم وتحلل . وهكذا يرتبط التشريع الإسلامى بالعقيدة . والأمر بإباحة مافى الأرض من الطيبات للانسان بمثل طلاقة هذه العقيدة وتجاوبها مع فطرة الكون وفطرة الناس فالله خلق مافى الأرض للانسان ومن ثم جعله له حلالا لا يقيده إلا أمر خاص بالخطر وإلا تجاوز حد القصد والاعتدال .

وقد ورد اللفظ «أيها الناس» فقد خص الله الناس دون تفرقة بين مسلم وكافر وأبيض وأسود هنا لكونهم أفضل أنواع الناس .

وحرصا من الله على هذا المخلوق الذى استخلفه فى أرضه واستعمره فيها حرم عليه الخبائث من الكسب الحرام المشوب بالربا أو السرقة أو نحوهما . وسواء كانت خبائث فى نفسها كالميته والدم ولحم الخنزير أو ما أهل لغير الله به قال تعالى : (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم) ونلاحظ هنا أن الشرع الحنيف حصر المحرمات من الحيوانات بصيغة القصر «إنما» وقد حرم الميتة لما فى الطباع السليمة من استقذارها ولما يتوقع من ضررها . وكذلك الدم ولحم الخنزير لأنه يتغذى من القذارات . ولأنه يسبب – على ما يرى الأطباء والمعالجين الدورة الشريطية وكذلك ما أهل لغير الله به . فهو محرم وسواء كان تحريم الأشياء ومافى حكمها تحريما لعلة أو للتعبد فإن علينا أن نتبع ما أمرنا به ونهانا عنه طاعة له وشكرا على نعمه وتكريمه .

المطلب الثانى : حرمة الادمى وصيانته

مقدمة :-

لقد عانت البشرية فى القرون الأولى قبل الإسلام من نظام الاسترقاق . فقد كان البشر فى تلك العهود المظلمة ينقسمون إلى قسمين : الأول يسمى الأحرار أى الآدمى الحر والثانى يسمى بالعبيد أى الآدمى العبد . فقد كان للطائفة الأولى السيادة والترفع على الطائفة الثانية الذين كانوا يعذبون تحت سطوة الأحرار . ولقد أصبح الرق والاستعباد فى ظل هذه القرون الظالمة نظاما لدى الشعوب والأمم . تقدم عليه الحياة فى شتى مجالاتها وعندما جاء الإسلام القويم قضى على الرق والعبودية وفتح الباب لتحرير العبيد كى يعيد للإنسان كرامته وقيمته . فنجد فى آيات الذكر الحكيم حث على هذا التحرير فقد جاء قوله تعالى : (فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة)(٢٤٤) .

وقوله تعالى أيضا : (أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم)[٢٤٥] . وقوله جل شأنه فى كفارة الطهارة : (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا)[٢٤٦] .

تلك هى مظاهر تفويض الإسلام للرق فى مختلف نواح التشريع الحنيف الذى لايأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه .

ولذلك يجب فى مقام هذا البحث بل وينبغى التعرض لما ورد فى التشريع الإسلامى من موقف الإنسان من بيع الأحرار والأرقاء والذى سنعرض فى فرعين هما :

الفرع الأول : موقف الإسلام من بيع الأحرار

الفرع الثانى : موقف الإسلام من بيع العبيد

الفرع الأول
موقف الإسلام من بيع الأحرار

لقد أجمع العلماء فى الفقه الإسلامى وكذلك الأئمة عدا قول ضعيف نسب للإمام الشافعى على تحريم بيع الحر . فقد اجتمعت كافة الأدلة الشرعية على تحريم بيع الآدمى الحر وأنه لا يمكن بأى حال من الأحوال أن يدخل فى دائرة المعاملات ولا أن يقوم بمال نقدى .

وآية ذلك ماورواه البخارى بسنده إلى أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ وسلم قال : (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى ثم غدر . ورجل باع حرا فأكل ثمنه . ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره)[٢٤٧] .

ووجه الاستدلال هنا . أن بيع الآدمى الحر حرام حرمة شديدة لأن المسلمين أكفاء فى الحرية . فمن باع حرا فقد منعه من التصرف فيما أباح الله له . وألزمه الذل الذى أنقذه الله منه . حتى قال ابن الجوزى : الحر عبد الله فمن جنى عليه فخصمه سيده[٢٤٨] .

وكذلك ماورد فى الحديث : ماورواه أبو داود فى سننه بسنده إلى عبدالله بن عمر أن رسول الله ﷺ كان يقول : ثلاثة لا يقبل الله منهم صلاة : من تقدم قوما وهم كارهون . ورجل اتى الصلاة دباراً . ورجل اعتبد محرره[٢٤٩] .

ووجه الاستدلال هنا . أن الله تعالى توعد هؤلاء الثلاثة بأن لايقبل منهم صلاة أى لا يثابون عليها . ومن هؤلاء الثلاثة ذلك الرجل الذى حرره عبده ثم عاد فاستعبده وقد علق بعض العلماء علي : رجل اعتبد محرره . بأن اعتباد الرجل لمن حرره يقع بأمرين أحدهما أن يعتقه ثم يكتم ذلك أو يجحد والثانى أن يستخدمه كرما بعد العتق . والأمر الأول أشدهما[٢٥٠] .

وإمعانا في التدليل على حرمة بيع الآدمى الحر . ما ذكره صاحب البحر نقلا عن الشفاء من أنه روى الهادى إلى الحق عليه السلام بإسناده (أن رجلا باع نفسه فى ولاية عمر . فلما اشتد عليه البلاء أتى عمر فقال : إنى رجل حر . فقال له عمر : أبعدك الله . أنت الذى وضعت نفسك . فقال له على ابن ابى طالب : إنه ليس على حر ملكه فاضربه ضربا شديداً والبائع له . وأمر المشترى أن يتبع البائع بالثمن . والذى يبدو لنا أن الفاروق عمر أراد بقولته .

أن يعاقب الرجل الذى باع نفسه لأنه أهان ماكرم الله . إذ من المحال أن يقر أمير المؤمنين شيئا حرمه الله ورسوله وشدد النكير عليه . فعمر أحرص الناس على محاربة المنكرات . بل هو أشدهم التزاما بتعاليم الإسلام .

وقد ذكر الشوكانى(٢٥١) رحمه الله تعالى تعليقا على ذلك . فقال بأن الشريعة الإسلامية حرمت تحريما قطعيا بيع الحر . بل وأجمع أهل الإسلام عليه ولا يحتاج إلى الاستدلال على مثله . والتعرض بما يستحقه الفاعل لهذا الحرام غير مناسب للمقام . بل يستحقه من العقوبة . هو سخط الله عليه . ولم يرد فى الشريعة عقوبة معينة فى الدنيا . ولا هو من الأمور التى يجب الحد على فاعلها .

والدليل الأخير على حرمة بيع الآدمى . ما ورد فى الفتاوى الهندية(٢٥٢) . إن الحر لا يضمن بالغصب صغيرا كان أو كبيرا لأن ضمان الغصب يقتضى التمليك . والحر لا يصلح فيه التمليك . ويضمن بالجناية لأن الجناية إتلاف .(٢٥٣) فالذى لا مراء فيه أن بيع الحر لو حدث ، فيه قلب لنظام الكون وضياع لاستخلاف الله له فى الأرض . فالبيع منعدم .

وقد رتب التشريع الإسلامى على هذا المبدأ . أنه لا يعترف بالشخصية القانونية والشرعية إلا للشخص الطبيعى فقط . فالإسلام لا يعرف الشخصية المعنوية بالمعنى الواضح فى القانون الوضعى . والسبب فى ذلك يرجع إلى أن مصدر التشريع الإسلامى هو الإله والمخاطبين بأحكامه هم البشر . فمن غير المقصود تكليف غير بين آدم بالأحكام الشرعية . لأن مناط ذلك متعلق بصلاحية الذمة . وهى لا تتحقق إلا فى الإنسان الذى تتوافر فيه شروط التكليف الشرعى . ويقصد بالذمة : الوصف الذى يكون الإنسان به أهلا لما له وما عليه من الواجبات .

الفرع الثانى

موقف الإسلام من بيع العبيد

لقد جاء الإسلام والمجتمعات البشرية تتعامل بالرق والإذلال . وكانوا يستبيحون الأرقاء . فلما جاءت الشريعة الإسلامية وأخذت بمبدأ التدرج فى التشريع لتنتقل بالأمة الإسلامية رويدا رويدا لتصل بها إلى السمو الأخلاقى بهدف تحقيق التكريم الإنسانى للإنسان كبشر مستخلف فى الأرض . فقضى الإسلام على استرقاق الإنسان وإذلاله .

فقد جاء قول الحق جل وعلى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالإذن والسن بالسن والجروح قصاص(٢٥٤)) .

بالنظر إلى تلك الاية الكريمة نجد أنها لم تفرق بين نفس وأخرى بمعنى أنها لم تفرق بين حر وعبد أو بين مسلم وذمى أو بين رجل وامرأة .

وقوله تعالى : (كُتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ... الخ الآية(٢٥٥)) .

فقد اختلف العلماء فى آية سورة البقرة سالفة الذكر . فذهب البعض إلى أن هذه الآية مبينة لحكم النوع إذا قتل

نوعه . فيقتل الحر إذا قتل حرا . ويقتل العبد إذا قتل عبدا وكذلك الأنثى إذا قتلت أنثى . ولكنها لم تتعرض لأحد النوعين إذا قتل الآخر . وقالوا إن هذه الآية محكمة وفيها اجمال بينته آية المائدة التى سبق أن ذكرناها (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ... إلخ الآية) . وذكر أبو عبيد عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ بين ذلك حينما قتل اليهودى بالمرأة وقال ابن عباس ووافقه أهل العراق : أن آية البقرة منسوخة بآية المائدة واتفق أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى على أن الحر يقتل بالعبد كما يقتل العبد به وهو ماقال به داود الظاهرى . وروى ذلك عن على وابن مسعود رضى الله عنهما .

وذهب جمهور الفقهاء على خلاف ذلك فلم يقتلوا الحر بالعبد للتنويع والتقسيم فى الآية . إلا أنه يمكن الرد على ذلك بما ورد فى الحديث الشريف من النبى ﷺ (المؤمنون تكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم(٢٥٦) .) ووجه الاستدلال بذلك الحديث أن نفوس المؤمنين متساوية خصوصا فى القتل العمد فيقاد لكل مقتول من قاتله سواء كان حرا أو عبدا . ولذلك تمسك أبو حنيفة رحمه الله بقول الله تعالى (النفس بالنفس) الآية فى قتل الحر بالعبد لتساويهما . لكن جمهور العلماء تمسك بأن آية البقرة (الحر بالحر والعبد بالعبد .. إلخ الآية) مفسرة لآية المائدة (النفس بالنفس)(٢٥٧) .

والمسألة إذن محل خلاف والراجع فى هذا الشأن(٢٥٨) هو ماذهب إليه أهل العراق على النحو السالف بيانه وذلك لمايلى :-

أولاً : إختصت الشريعة الإسلامية بمبدأ التدرج فى تشريعاتها . ولما جاء الإسلام كان الرق موجودا منذ زمن بعيد ومصادره كثيرة . فبدأ الإسلام فى تقويضه على أساس إعادة الحرية لبنى البشر جميعا وتحرير جميع العبيد لتحقيق الكرامة التى خلقهم الله عليها . وهذا المبدأ يتوافق تماما مع قول أهل العراق بأن آية البقرة جاءت مجملة بينتها آية المائدة . كما يمكن أيضا أن يتوافق مع القول بأن آية المائدة (النفس بالنفس) ناسخة لآية البقرة (الحر بالحر) ومن ثم يكون قتل نفس بنفس بغض النظر عن الحر بالحر متمشيا مع منهج التدرج التشريعى .

ثانيا : ما جاء بالحديث الشريف «المسلمون تتكافأ دماؤهم(٢٥٩) .

والتكافؤ هو التساوى بين الأشياء . وبهذا دخل فى عموم الحديث كل وضيع بالنص وكل شريف بالفحوى . ودخل فى الأدنى المرأة والعبد والصبى والمجنون . والحديث الشريف هنا يتفق مع نص آية المائدة من حيث المساواة بين الأنفس كما يتفق مع منهج الاسلام فى العمل على تحرير الإماء والناس .

ثالثا :- أن الإنسان فى الأصل حر لم يخلق للتمليك ليكون سلعة تباع وتشترى لما فى ذلك من التناقض بين كونه مستخلفا فى الأرض وكونه مملوكا ترد عليه عقود المعاوضات(٢٦٠) .

رابعا : أن الرق ضعف حكمى . وعارض فى سبيله إلى الزوال بالعتق بدليل أن الإسلام فتح الباب أمام تحرير الأرقاء حيث أجاز الكتابة بمعنى أن يكتب العبد على

نفسه ثمنه لولاه . وأجاز التدبير أى يكون العبد حراً بعد وفاة سيده .(٢٦١) .

المبحث الثانى

مدى سلطة الإنسان على جسده فى التشريع الإسلامى

تمهيد :-

إزاء ما قد نسمعه أو نقرأة فى وسائل الإعلام المختلفة حول جسد الإنسان وإمكانية التصرف فيه بالبيع أو التبرع والهبة . فقد لفت الأنظار ما نشر فى الصحف اليومية(٢٦٢) من أن جسد الإنسان لا يجوز التصرف فيه بالتبرع والهبة ولكن الفقهاء أجازوا نقل عضو إنسان سليم إلى إنسان مريض لإنقاذ حياته . كما أن بيع الإنسان لجزء من جسده حرام ويجوز له التبرع . كما أنه من الجائز شرعا نقل جزء من جسد الميت لإنقاذ حياة شخص آخر حى . فقد استرعى انتباهى التناقض فى الإفتاء ، فتارة لا يجيز التبرع أو الهبة وتارة آخرى يجيز هذا التبرع ولذلك فقد بات لزاما علينا ونحن فى مجال هذا البحث بخصوص سلطة الإنسان على الجسد فى التشريع الإسلامى . أن نوضح الأمر على قدر خصوصه طبقا لماورد فى كتاب الله تعالى وسنة رسول الله ﷺ بالاستعانة فى تأصيل الآراء بأقوال الفقهاء فى هذا الصدد .

فالمتدبر لآيات الذكر الحكيم . فى مفتتح سورة التين (لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم) أى لقد خلقنا الإنسان فى أحسن صورة وأجمل هيئة ومنحنا بعد ذلك ما لم نمنحه لأحد غيره . وكذلك ورد فى سورة الانفطار (ياأيها الإنسان ماغرك بربك الكريم الذى خلقك فسواك فعدلك فى أى صورة ما شاء ركبك) . ومن مظاهر هذا التكريم الآدمى أن الله سبحانه وتعالى اعتبر جسمه أمانه إئتمنه عليها فهو الذى خلقه فسواه فعدله . فقد نهى القرآن العظيم عن قتل الإنسان لنفسه فى قوله تعالى : (ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ... الخ الآية) ومن مظاهر هذا التكريم أيضا أمر الإنسان أن يهتم باصلاح جسده ظاهرا أو باطنا وأن يستعمل كل وسائل العلاج التى تؤدى إلى شفائه من الأمراض . فقد ورد فى الحديث الشريف . عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «ماأنزل الله داء إلا أنزل له شفاء» وفى رواية لمسلم «لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله أى : فإذا نزل الدواء على الداء شفى المريض من مرضه بإذن الله» .

وإزاء هده الحماية البشرية وأخذاً بالقاعدة الشرعية الفقهية المعروفة وهى «أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» .

ولذلك قسم الفقهاء أجزاء جسم الإنسان إلى قسمين : أجزاء يابسة وأجزاء سائلة(٢٦٣) ولذلك ينقسم البحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول : سلطة الإنسان فى التصرف فى **الأجزاء اليابسة**

المطلب الثانى : سلطة الإنسان فى التصرف فى **الأجزاء السائلة**

المطلب الأول

سلطة الإنسان فى التصرف فى الأجزاء اليابسة

مقدمة :

إزاء القاعدة الفقهية المشهورة «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»(٢٦٤) فإن

تصرفات الإنسان فى ظل شرعية الديانة الإسلامية الحنيفة وعدم الانسياق وراء هذا الحشد الغربى . فإنه يباح بعض التصرفات فى جسد الآدمى طالما تكون فى إطار الشرعية الإسلامية ولذلك نقسم البحث فى هذا المطلب إلى فرعين .

الفرع الأول : سلطة الانسان فى التصرف المادى للأجزاء اليابسة

الفرع الثانى : سلطة الانسان فى التبرع بالأجزاء اليابسة

الفرع الأول

التصرف المادى فى الأجزاء اليابسة

الأمر الذى لا خلاف عليه باتفاق المحققون من الفقهاء(٢٦٥) على أنه لايجوز للإنسان أن يبيع عضوا من أعضاء جسده أيا كان العضو وذلك لأسباب أهمها : أن جسد الانسان ومايتكون منه من أعضاء ليس محلا للبيع والشراء وليس سلعة من السلع التى يصح فيها التبادل التجارى . وإنما جسد الإنسان بناء بناه الله تعالى وكرمه وسما به عن البيع والشراء وحرم المتاجرة فيه تحريما قاطعا لأن بيع الآدمى أو جزء منه باطل شرعا لكرامته بنص القرآن الكريم (ولقد كرمنا بنى آدم .. الخ) وقد اتفق الفقهاء على بطلان البيع أو الشراء بالنسبة للبدن أو أى عضو من أعضائه . كما أن الإنسان ماهو إلا أمين على هذا الجسد ومأمور بأن نتصرف فى هذه الأمانة بما يصلحها لا بما يفسدها . فإذا تجاوز الإنسان هذه الحدود وتصرف فى جسده بما يتعارض مع إصلاحه كان خائنا للأمانة التى ائتمنه عليها الخالق البارىء . ولا يحتج على ذلك بالقاعدة الشرعية التى تقول . (الضرورات تبيح المحظورات) وبناء على ذلك يجوز للإنسان أن يتصرف فى جسده عند الضرورة . لأننا نقول فى الرد على ذلك : إن التصرف عند الضرورة إنما يكون فى حدود ما أحل الله وفضلا عن ذلك فإن هذه القاعدة مقيدة بقواعد أخرى تضبطها . ومن هذه القواعد الضرر لا يزال بالضرر» أى أنه لايجوز إزالة الضرر بضرر يشبهه أو يزيد عليه . ولذلك قالوا لايجوز للجائع مثلا أن يأخذ طعام جائع مثله عن طريق السرقة أو ما يشبهها . كما أنه لا تعرض نفقة على الفقير لقريبه .

ومما لا شك فيه أن بيع عضو من أعضاء الجسد أيا كان هذا العضو يمثل ضرراً شديداً لبدن الإنسان . وهذا الضرر يزيد على مايتعرض له الإنسان من فاقة أو عسر أو احتياج . لأن هذا الاحتياج هناك وسائل تدفعه منها مباشرة الأسباب المشروعة للحصول على الرزق .

وفى مجال التعرف المادى فى جزء من جسد الآدمى . اختلف العلماء حول جواز أو جواز المضطر فى المخمصة لقطع جزء من جسده ليأكله .

فذهب أنصار الرأى الأول وهو رأى جمهور العلماء(٢٦٦) على أنه لا يجوز للشخص أن يقطع جزء من جسده ليأكله مطلقا . وسبب ذلك أنه ربما يقتل الشخص نفسه لأن القطع فى حد ذاته يخدش الجسد فيكون قاتلا لنفسه والضرر لا يزال بضرر مثله . وقد استدل أنصار هذا الرأى على حرمة قطع المضطر جزءا من نفسه ليسد به رمقه بمايلى :-

قول الحق جل شأنه : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة

وأحسنوا إن الله يحب المحسنين)(٢٦٧) . فيلاحظ فى هذه الآية أن النهى فيها جازم أى يدل على ترك الفعل وهذا يفيد الحرمة . فيحرم القطع للمضطر لجزء من جسده ليأكله بقصد سد الرمق . وذلك لأن الشخص يكون قد سعى فى إهلاك نفسه بسبب محقق لقاء أمر موهوم .

واستدلوا أيضا بقوله سبحانه (ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما)(٢٦٨) . فالنهى فى الآية السابقة نهى عام من أن يقتل الإنسان نفسه أو يقتل أخاه فى الانسانية لأن قطع الإنسان كما سبق أن ذكرنا من الخطورة بمكان . فهناك من الأوردة المتنوعة والعصب وإلى غير ذلك من الأعضاء التى تفسد الحياة بقطعها مما يؤدى إلى قتل الإنسان نفسه . واستدلوا لذلك بالحديث الشريف عن رسول الله ﷺ . عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : ذرونى ماتركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم . فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه . وإذا أمرتكم بأمر فاتوا منه ما استطعتم)(٢٦٩) .

فالنهى هنا عام واستثنى الجمهور مايكره المكلف على فعله . ووجه الدلالة فى هذا الحديث أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح وهذا واضح مما ورد فى الحديث (فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه) .

ونقل عن الإمام أحمد أنه ينزل بهذا الحديث على اعتناء الشارع بالمنهيات فوق إعتنائه بالمأمورات لأن أطلق الاجتناب فى المنهيات ولو مع المشقة فى الترك . وقيد المأمورات بالاستطاعة(٢٧٠) .

وبناء على ماتقدم فإنه يجب إجتناب مانهى الله عنه . فقد نهى عن أن يلقى الإنسان نفسه فيما يهلكه . كما نهاه عن قتل نفسه ومايؤدى إلى ذلك . وإذا كان فى قطع الشخص عضوا من نفسه مايؤدى إلى الإتلاف الكامل فيكون هذا منهيا عنه والنهى يفيد التحريم . ومن ثم يحرم عليه ذلك . وبالجملة فإن فى دلالة الحديث قاعدة عظيمة من قواعد التشريع الإسلامى وهى تقويم درء المفاسد على جلب المصالح .

وذهب أنصار الرأى الثانى . إلى أنه يجوز للمضطر أن يقطع جزءا من نفسه ليسد به رمقه حال المخمصة . وعللوا ذلك بقولهم إن للمضطر أن يحفظ الكل بالجزء . وهذا من باب إرتكاب أخف الضررين فلا يعدل إلى الإغلاظ تحرما مع وجود الأخف إلا أنهم اشترطوا لذلك شروطا أربعة :-

١ - ألا يجد المضطر ميتة ولا نحوها مما يسد به الرمق .

٢ - أن يكون الخوف من القطع أقل من الخوف من عدم الأكل . فإن كان مساويا له أو أكثر حرم القطع .

٣ - أن يكون القصد من القطع حفظ حياة نفسه لاحياة آخر .

٤ - ألا يشوى اللحم المقطوع ولا يطبخه . بل يأكله نيئا لأن فى ذلك هتكا لحرمته بخلاف سائر الحيوانات .

واستند أنصار الإتجاه الثانى فى هذه الاجازة إلى عدة دلائل من القرآن والسنه فقد ورد فى آيات الذكر الحكيم قوله تعالى : (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحكم الخنزير وما أهل لغير الله به . فمن

أضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم)[٢٧١] .

ووجه الاستدلال بهذه الآية : أن المحظور قد يباح دفعا للضرر ولهذا أبيح أكل الميتة وغيرها من المحرمات عند المخمصة . فقد حرم الله تعالى أربعة أشياء فى هذه الآية . فإذا اضطر الإنسان إلى أكل شىء من هذا أو غيره فقد أباح الله له ذلك بشرط عدم البغى والعدوان وأن لا يكون متلذذا به . ومن ذلك لحم نفسه إذا لم يجد ما يأكله من حلال أو حرام . فله أن يقطع من نفسه مقدار ما يسد رمقه وإتلاف الجزء لإنقاذ الكل أمر مطلوب . وهو من الضرورات التى تبيح المحظورات[٢٧٢] وقد اعترض بعض العلماء[٢٧٣] على هذا الاستدلال فقال :

وكل ما حرم الله من المأكل والمشرب من خنزير أو صيد حرام أو ميته أو دم أو لحم سبع طائر أو ذى أربع وغير ذلك . فهو كله عند الضرورة حلال . وما يقتل من تناوله فلا يحل من ذلك شىء أصلا لا بضرورة ولا غيرها . وعلل استثناء لحم الآدمى : أن الأمر قد ورد بموارتها ولأن فى ذلك إهانة لما كرم الله[٢٧٤] .

واستند أيضا أنصار هذا الاتجاه إلى دليل عقلى عن طريق القياس فقالوا : إن المريض قد يضطر إلى قطع عضو من أعضائه إذا وقعت فيه الأكلة والمضطر فى المخمصة أشبه بالمريض فيجوز له أن يقطع جزء من جسمه ليسد به رمقه . وهذا من باب إرتكاب أخف الضررين كما فى مسألة المريض فقياس عليه[٢٧٥] .

إلا أن جمهور الفقهاء وهم أصحاب الرأى الأول اعترضوا على ذلك بالقول إن هذا القياس فاسد . لأن قياس مع الفارق إذ أن العضو الذى وقعت فيه الأكلة عضو مريض وإزالته واجبة شرعا لأن الطب كالشرع جاء لتحقيق مصالح الناس لأنه لو ترك ذلك العضو[٢٧٦] فإن المرض ينتشر فى جميع الأعضاء . فهو إذن من باب التداوى . وتلك مصلحة مؤكدة . بخلاف قطع عضو صحيح ذى منفعة لمصلحة موهومة فإن سد الرمق عن طريق قطع العضو والأكل منه أمر موهوم . ومن ثم فقد أصبح الفرق واضحا بين المقيس والمقيس عليه فافترقا فلا يمكن أن يتساوى العضو المريض بالعضو الصحيح .

ونحن نذهب مع أنصار الاتجاه الأول . وفى اعتقادنا أن هذه مسألة غير مقصورة فى أيامنا هذه . فالذى لامراء فيه أن القطع لجزء من أجزاء الجسم الآدمى يؤدى إلى أضرار صحية بالغة فقد يصاب الشخص نتيجة هذا القطع بتلوث جراحى قد يؤدى إلى هلاكه . فإذا افترضنا تجاه الشخص فإنه من المؤكد أن يحدث له تشوه فى محل القطع مما يعد نقصا فى بنيانه .

الفرع الثانى
التصرف بطريق التبرع

مقدمة :-

لا شك أننا نعيش فى تلك الآونة من القرن العشرين فى تصارع للتيارات الفكرية باسم العلم . وقد تفجرت على أثر ذلك قضايا علمية ذات طابع مادى باسم الحضارة ومصلحة البشرية .

وقد ابتلى القطاع الطبى وهو واحد من القطاعات التى تقدم على العلم المادى المجرد والذى يشمل العديد من القضايا يؤدى بعضها إلى التداوى بالمحرمات أو فعل ما فيه

حرمة ولا يتلاءم مع أبسط قواعد الآداب العامة . هذا فضلا عن مخالفة كثير من تلك القضايا لتعاليم الإسلام وضوابطه .

ولعل ذلك يرجع إلى مقاليد العلوم الطبية وابتكاراتها المتنوعة قد أصبحت في يد من لا يدينون بالاسلام أكثر مما هى فى أيدى العرب والمسلمين وبالتالى فإن هذه الابتكارات تأتى فى طبيعتها على غرار هذا دون التقيد بالمبادىء والضوابط التى جاء بها الإسلام نحو حماية الإنسان من الاعتداءات على كيانه البشرى الذى أحاطه الله بسياج من الصيانة .

إلا أننا لا ننكر على هذه الحضارات أنها تقدمت فى مجالات العلوم المختلفة التى خدمت البشرية جمعاء إلا ما كان منها مخالفا لتعاليم الإسلام ومن ذلك :

١ - التداوى بعقاقير تحتوى على مواد كالخمر والدم والكحول .

٢ - إباحة الإجهاض بعد نفخ الروح فى الجنين لغير ضرورة معتبرة شرعا .

٣ - نقل أعضاء آدمية من إنسان إلى آخر .

٤ - جراحة تحويل الرجل إلى إمرأة وبالعكس .

٥ - مشكلة الأرحام الصناعية .

٦ - إنشاء بنوك للألبان الآدمية وأخرى للمنى الآدمى .

٧ - التحكم فى جنس الجنين .

كل هذه قضايا شائكة تحتاج من الأمة الإسلامية وعيا كاملا ويقظة شاملة لئلا يقع المخالفون فريسة فتقضى الأمة على نفسها بنفسها ويتحقق فيهم قول الله تعالى : (حتى إذا أخذت الأرض زخرفها وازينت وظن أهلها أنهم قادرون عليها أتاها أمرنا ليلا أو نهارا فجعلناها حصيدا كأن لم تغن بالأمس كذلك نفصل الآيات لقوم يتفكرون)(٢٧٨) .

وإزاء هذا التناقض فى الفتاوى المقصودة التى تنشر فى الصحف اليومية والتى تعم العالم اتساعا فى نشرها من القول تارة بجواز التبرع بجزء من جسم الإنسان والقول تارة أخرى لايجوز التصرف بالتبرع والهبة فى جزء من جسم الآدمى(٢٧٩) فانقسم أهل العلم فى هذا الخصوص إلى اتجاهين . الاتجاه الأول يرى عدم الإجازة والاتجاه الثانى يرى إجازة هذا التبرع .

(أ) : الاتجاه الأول : لايجوز التبرع بجزء من جسد الآدمى

أورد أنصار هذا الاتجاه الأدلة الشرعية من القرآن والسنة النبوية الشريفة على تحريم التبرع بعضو من أعضاء الجسد . وذلك تأسيسا على أن الإنسان ليست له سلطة على جسده . ونذكر من هذه الأدلة والشرعية منها ماورد فى القرآن الكريم ومنها ماورد فى السنة النبوية . فقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى : (ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين)(٢٨٠) . ووجه الاستدلال هنا أن الله تعالى نهى أن نلقى بأنفسنا إلى التهلكة . وفى إقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده هو فى الواقع سعى لإهلاك نفسه فى سبيل إحياء غيره . وليس ذلك مطلوبا منه . لأنه بالقطع للعضو لابد أن يفقد هذا العضو منفعته والإنسان أولى

بنفسه من غيره . كما أن من أركان التبرع أن يكون الإنسان مالكا للشيء المتبرع به أو مفوضا فى ذلك من المالك . والانسان ليس مالكا لجسمه . لأن ملك الرقبة لله وحده . كما ليس مفوضا فى ذلك . لأن التفويض يستدعى إذنا له ولا يوجد بذلك إذن .

وقوله عز وجل أيضا (ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما)(٢٨١) . ووجه الاستدلال فى هذه الآية الكريمة . أن الله تعالى قد نهى الانسان عن قتل نفسه أو قتل غيره سواء كان بسبب مباشر أو غير مباشر . فالنهى هنا عام يتناول جميع الأسباب ومن هذه الأسباب المنهى عنها أن يبرم شخص إتفاقا مع آخر ليتبرع الشخص بجزء من جسده للآخر . فهذا حرام لايجوز الاتفاق عليه ولا فعله . لأنه لايجوز له أن يتلف نفسه لإحياء غيره . لمخالفته منهج التشريع الإسلامى من حيث أنه لايملك شيئا فى جسده . ومخالفته للقاعدة الفقهية المعروفة «الضرر لا يزال بالضرر» والذى يؤكد حرمة التبرع قوله تعالى (ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا)(٢٨٢) .

فموافقة الشخص على قطع جزء من نفسه هو لاشك عدوان على الجسد الذى شيده الله وأضافه إلى نفسه تشريفا له وتكريما فى قوله تعالى لإبليس (مامنعك أن تسجد لما خلقت بيدى)(٢٨٣) .

كما فيه إبطال لمنافع هذا الجسد ونقصا له وظلم للنفس أيضا لما يؤدى إلى الاتلاف والتقاعس عن أداء العبادات والواجبات .

واستدل أنصار هذا الاتجاه من السنة النبوية الشريفة . ماذكره الشوكانى عن مسلم وأحمد أنهما رويا بسندهما إلى جابر قال : لما هاجر النبى ﷺ إلى المدينة هاجر إليه الطفيل بن عمرو وهاجر معه رجل من قومه فاجتووا المدينة(٢٨٤) . فمرض فجذع فأخذ مشاقص(٢٨٥) فشخبت يداه(٢٨٦) حتى مات فرآه الطفيل بن عمرو فى منامه وهيئته حسنة . ورآه مغطيا بيديه . فقال له ما صنع بك ربك ؟ قال : غفرلى بهجرتى إلى نبيه ﷺ فقال : مالى أراك مقطبا يديك ؟ قال : قيل لى لن نصلح منك ما أفسدت . فقطبها الطفيل على رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ وليديه فاغفر(٢٨٧) ووجه الدلالة فى محل الشاهد أن الإنسان ليس ملكا لنفسه من حيث كيانه وبالتالى لايسوغ له بحال أن يتصرف فى شيء منه . بدليل أن من أفسد عضوا من أعضائه بنية التبرع أو البيع فقد تعدى وظلم . ولن يصبحه الله له يوم القيامة . بل يبقى على الصفة التى عليها عقوبة له على مافعل(٢٨٩) . ومما يؤكد هذا المعنى ماذكره الحفاظ ابن حجر فى الفتح(٢٩٠) عن ثابت بن الضحاك «ليس على ابن آدم نذر فيما لا يملك» . وقال معلقا على هذا : والإنسان لايملك تعذيب نفسه ولا التزام المشقة التى لا تلزمه حيث لاقربة فيها .

واستدلوا أيضا بما رواه البخارى بسنده إلى عبدالله بن عمرو رضى الله عنه قال : قال لى النبى ﷺ ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار ؟ قلت إنى أفعل ذلك . قال فإنك إن فعلت ذلك هجمت عينك ونفهت نفسك . وإن لنفسك عليك حقا ولأهلك حقا نعم

وأفطر وقم ونم[٢٩١] .

ووجه الاستدلال فى الحديث . وجوب مراعاة كيان الجسدى والعمل على احته ليسلم لصاحبه . فمن حقوقه عليه أن يريحه وأن عطيه مايحتاج إليه من ضرورات الحياة مما يقوم به هذا البدن ليكون أعون على عبادة ربه . ومايجب عليه نحو من تلزمه نفقتهم . أما إذا أهمله وأتعبه وشق أو اعتدى عليه على النحو المعروف حديثا بالتحايل أو مايسمى بالتبرع بكلية آدمى مثلا لمرض مضطر إليها لفشل كليته أو إحداهما . لذلك شدد علماء الإسلام على حرمة الآدمى وعدم المساس بكيانه الجسدى إلا لمصلحة خاصة بهذا الجسد كالعمليات الجراحية لتحقيق مصلحة الشفاء . وأنه يجب على الطبيب فى هذا الصدد ألا يعتدى على بنيان الله تعالى ولا يعول على موافقة صاحب الجسد . لأن الطب كالشرع جاء لجلب المصالح ودفع المفاسد وليس العكس بتعديه بإفساد الجسد الصحيح . وقد شدد أنصار هذا الاتجاه فى الحرص على الجسد الآدمى وذلك لقوله ﷺ «إن نفسك مطيتك فارفق بها» وليس من الرفق أن تجيعها وتذيبها[٢٩٢] .

الاتجاه الثانى : يجوز التبرع بجزء من جسم الآدمى

إن التبرع للمريض بعضو إنسان سليم جائز شرعا[٢٩٣] حتى كان ذلك مفيدا للمريض وبشرط ألا يؤدى إلى الأضرار بالسليم .

وسند هذا الرأى أنه جاء فى فقه الشافعية والزيدية أنه يجوز أن يقطع الإنسان الحى جزءا من نفسه ليأكله عند الضرورة ليدفع به المخمصة إذا لم يجد مايأكله لاحلالا وحراما بشرط أن يكون الضرر الناشىء من القطع أقل من الضرر الناشىء من تركه الأكل . وتخريجا على ذلك فإنه يجوز أن يتبرع شخص بجزء من جسده لايترتب على اقتطاعه ضرر به متى كان ذلك مفيدا فى غالب ظن الطبيب لأن للمتبرع ولاية على ذاته فى نطاق الآيتين الكريمتين : (ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وقوله تعالى : (ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما) . على أنه لايباح أى جزء بل الجزء الذى لا يؤدى قطعة من المتبرع إلى عجزه أو تشويهه[٢٩٤] .

ثم أكد صاحب هذا الرأى مجرداً[٢٩٥] بالتعرض لبعض الأمور التى قاس عليها جواز التبرع بالأعضاء الآدمية مثل الجهاد بالنفس وتعريضها للقتل . وما أوجبه الإسلام فى شأن إنقاذ الغرقى والحرقى والهدمى مع ما قد يترتب على ذلك من هلاك المجاهد أو المنقذ واستبدل كلمة «فى غالب ظن الطبيب» بكلمة أخرى «فإذا جزم طبيب مسلم ذو خبرة أو غير مسلم كما هو مذهب الإمام مالك أن هذا لا يضر بالمأخوذ منه أصلا ويفيد المنقول إليه جاز هذا شرعا بشرط ألا يكون الجزء المنقول على سبيل البيع أو بمقابل لأن بيع الإنسان الحر باطل شرعا[٢٩٦] .

أما بالنسبة لاستخدام بعض أعضاء الموتى فقد فرق بين الميت المعروف وبين الميت المجهول . فبالنسبة للميت المعروف إشترط موافقة عصبته بترتيب الميراث . أما بالنسبة للمجهول فإنه يجوز أخذ العضو منه لإنسان حى يستفيد به فى علاجه أو تركه

لتعليم طلاب كليات الطب لأن فى ذلك مصلحة راجحة تعلو على الحفاظ على حرمة الميت وذلك بإذن من النيابة العامة . بشرط أن تتحقق وفاته لأنه لايجوز قطع عضو من ميت إلا إذا تحققت وفاته . وقد ذهب البعض الآخر(٢٩٧) إلى جواز التبرع بالأعضاء الآدمية بين الأحياء بشرط ألا يترتب هلاك أو ضرر للمتبرع للنهى عن الالقاء بالنفس إلى التهلكه أو قتلها الوارد فى الآيتين السابقتين . وكذلك النهى من السنة عن الاضرار واشترط لذلك أن يقرر أطباء ماهرون أن المتبرع له سيتفيد من ذلك استفادة حقيقية وقال : والمسألة هنا يحكمها عدم ضرر المتبرع واستفادة المتبرع له . وذهب البعض الآخر(٢٩٨) إلى أن التبرع ببعض أجزاء الجسم جائز لكن بيعها حرام بنفس الشرط وهو ألا يؤدى العضو المقطوع إلى عجز أو تشويه جسم المتبرع له . وذهب البعض الآخر(٢٩٩) إلى القول بأن التبرع بالأعضاء الآدمية كالكى والعينين حرام شرعا إذا كان ذلك بمقابل مادى . أما إذا لم يكن بذلك فهو مباح وعلل الفرق بين المقابل وغيره بأن الجسم ليس ملكا للشخص بل ملكا لله . ثم انتقل إلى أجساد الموتى فأباح الاستفادة بجميع أعضاء جسد المتوفى إذا كانت هناك ضرورة لذلك ومنفعه للمريض المنقول إليه العضو وأن يحكم بذلك طبيب ثقة دون الرجوع إلى الورثة أو النيابة العامة إستنادا إلى أن الضرورات تبيح المحظورات . وذهب أخيرا بعض أنصار هذا الرأى(٣٠٠) إلى إجازة التبرع بالأعضاء الآدمية بين الأحياء بشرط تعويض المتبرع عما فاته من كسب خلال فترة إجراء العملية وفترة النقاهة وتأمينه ضد المخاطر المستقبلية التى يتعرض لها نتيجة نقل العضو منه .

ويلاحظ أن أنصار هذا الاتجاه قد بنوا هذا الجواز على فكرة الموازنة بين عدم الضرر للمتبرع واستفادة المتبرع له . كما اشترطوا أن يقرر هذا طبيب ذو خبرة ثقة ولم يشترطوا فيه الإسلام صراحة بل قال بعضهم طبيب مسلم أو غير مسلم وقال على ماذهب إليه المالكية .

تقدير ماذهب إليه أنصار الاتجاهين :

بادىء ذى بدء إننا نرجح ماذهب إليه أنصار الاتجاه الأول وهو عدم جواز التبرع بجزء من جسد الآدمى أيا كان هذا الجزء حتى ولو كان من الأجزاء المزدوجة وأما عن أدلة الاتجاه الثانى فإن فكرة الموازنة بين الضرر الذى يعود على المتبرع وبين الاستفادة التى تعدد على المريض وربط ذلك بالمصلحة الاجتماعية التى تترتب على عملية نقل العضو الآدمى تجد أساسها فى القانون الوضعى وليس فى التشريع الإسلامى فهى تتعارض مع الأدلة الشرعية وأقوال فقهاء الإسلام . وبالإضافة إلى ذلك إن فكرة المواءمة هى فكرة غامضة إذ كيف لايعود ضرر على المتبرع الذى يتبرع جزء من جسده فسوف يناله أبلغ الأضرار وسوف يوجد شخصان مريضان فى المجتمع بدلا من شخص واحد . وليس من المؤكد علميا كما يذهب الأطباء إلى أن الانسان يمكن أن يعيش أبد الدهر بكلية واحدة بدلا من الكليتين . والدليل على ذلك

لماذا خلق الله الانسان بكليتين . فلله الحجة القاطعة فى هذا الخلق وقد أكد ذلك قوله تعالى : «وما أوتيم من العلم إلا قليلا»(٣٠١) . كما أن ماذهب إليه أنصار الاتجاه الثانى فى إجازة التبرع استنادا إلى فقه الشافعية والزيدية من أنهم أجازوا للمضطر فى المخمصة أن يقتطع من نفسه جزءا ليسد به رمق نفسه . فهذا الاستثناء فى غير موضع النزاع على الاطلاق ويترتب عليه خطأ القول بجواز التبرع ومما يؤكد خطأ من قال بجواز التبرع بالأعضاء الآدمية وأن الإنسان ليست له على جسده من سلطة إلا سلطة المنفعة وإنه لايجوز له أن يتسبب فى إضرار نفسه ولو بإزهاقها ماروا البخارى بسنده إلى عبدالله بن عمرو قال : قال لى النبى ﷺ ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار ؟ قلت إنى أفعل ذلك قال: فإنك إن فعلت ذلك هجمت عنيك ونفهت نفسك وإن لنفسك حقا ولأهلك حقا فصم وافطر وقم ونم(٣٠٢) .

وما أوجبه الاسلام فى شأن إنقاذ الغرقى والحرقى والهدم . فإنه قياس مع الفارق إذ أنه من الأصول الفقهية فى القياس أنه شروط الفرع المقيس ألا يكون هناك فارق بين الأصل والفرع يمنع تساويهما فى الحكم(٣٠٣) . كما أن العلة هى من أركان القياس ويشترط أن تكون وصفا ظاهرا منضبطا . أى يكون هذا الوصف فى كل من الأصل والفرع بدرجة واحدة أو تفاوت يسير جدا لا يوجب إضطرابا فى الأحكام . كما أن من شروط العلة أن يكون الوصف مناسبا وهو الذى يكون مظنة لحكمة الحكم . ولهذا لايصح التعليل بالأوصاف الغير مناسب وتسمى بالأوصاف الاتفاقية(٣٠٤) التى لا يعقل لها علاقة بالحكم ولا بحكمته .

ومن هذا نعلم أن ولاية الإنسان على ذاته لاتتعدى بأى حال وجه المنفعة وليس له أن يتصرف فى أى من أعضاء جسده ولوكان ضفرا . فإن الإنسان لا يملك تعذيب نفسه كما لايلتزم مشقة لاتلزمه . حيث لاقربة فيها لأن عليه أن يبدأ بنفسه ونحن نذهب مع بعض الفقهاء(٣٠٥) أنه وإن كان ولابد من الاستفادة بجثث الموتى الآدميين يكون فى أحوال معينة وعلى سبيل الحصر :

أولاً : أن توجد حالة ضرورة ملجأة .

ثانيا : لابد من موافقة الورثة الشرعية أو إذن من القاضى الشرعى .

رابعا : أن يتم ذلك فى سرية تامة على يد طبيب مسلم ظاهر الصلاح .

المطلب الثانى
سلطة الإنسان فى التصرف فى الأجزاء السائلة

مقدمة :-

لماكانت الأجزاء السائلة فى جسد الآدمى كالدم ولبن الأمهات والشعر وإلى غير ذلك هى من الأجزاء الحيوية أيضا لتمام التعايش فى الوجود المادى فبعضها لازم لحيوية الأنسجة والخلايا وبعضها لازم لبث الحياة فى الآخرين وبعضها لازم لحماية الإنسان من الظواهر الطبيعية . وقد وقع اختيارنا على ثلاثة أجزاء هى دم الآدمى ولبن الأمهات وشعر الآدمى باعتبارها من العناصر السائلة التى تثير مشاكل معاصرة فى الحياة اليومية . فما سلطة الإنسان

فى التصرف فى هذه الأجزاء . وسنتولى بحث هذه العناصر فى ثلاثة فروع متتالية .

الفرع الأول : سلطة الإنسان فى التصرف فى الدم

الفرع الثانى : سلطة الإنسان فى التصرف فى لبن الأمهات

الفرع الثالث : سلطة الإنسان فى التصرف فى شعره

الفرع الأول

شرعية التصرف فى دم الآدمى

الأمر الذى لاجدال فيه أن بيع الدم محرم شرعا وإنما يجوز التبرع به وسنعرض لأدلة تحريم بيع الدمّ وإجازة التبرع به لكن بشروط سيرد ذكرها فيما بعد . وإجازة التبرع بالدم على أساس أنه من آثار الذات[٣٠٦] وليس من أعضائها بدليل أنه يتغير ويتجدد ويستعيض الإنسان ما فقده منه .

والدليل على تحريم البيع ماورد فى قوله تعالى : (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم)[٣٠٧] . وقوله جل شأنه فى آية أخرى : (وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم)[٣٠٨] .

ووجه الاستدلال فى هاتين الآيتين الكريمتين واضح فى الدلالة على حرمة هذه الأشياء الأربعة التى جاءت عقب قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا كلوا من طيبات مارزقناكم) فأفادت الإباحة على الإطلاق ثم عقبها بذكر كلمة (إنما) وهى حصرت الأشياء المحرمة وعلة التحريم فى الثلاثة الأولى حفاظا على صحة البشر . أما الرابعة فهى محرمة شرعا لعدم ذكر اسم العلى القدير . أو ذكر غيره جل شأنه .

وأما عن أدلة حرمة بيع الدم فى السنة النبوية الشريفة ماجاء فى الحديث عن ابن عباس قال : رأيت رسول الله ﷺ جالسا عند الركن قال : فرفع بصره إلى السماء فقال : لعن الله اليهود «ثلاثا» إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها وإن الله إذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه[٣٠٩] .

ودلالة الحديث أن الله تعالى حرم بيع الدم شربا وإذا كان الحكم كذلك فإنه يحرم بيعه .

ونذهب مع بعض الفقهاء[٣١٠] إلى أن الله جل شأنه حرم بيع الدم وكذلك حرم ثمنه لأنه قد ثبت أن شربه من الطريق المعتاد فيه مضره ويحمل الجراثيم .

وأما عن إجازة التبرع بالدم فكما سبق أن ذكرنا أنه من آثار الذات وليس من أعضائها وأنه يتجدد . ومن ثم فهو جائز شرعا فى الحدود التى رسمها الشرع الحنيف إعمالا للقواعد الشرعية التى تبنى عليها الأحكام مثل قاعدة الضرورات تبيح المحظورا والضرورة تقدر بقدرها والحاجة تنزل منزلة الضرورة والمشقة تجلب التيسير وإلى غير ذلك .

والطب كالشرع وضع لجلب مصالح الناس من السلامة والعافية ودرء المفاسد عنهم من الأمراض . والدم من المواد التى لايقوم مقامها عقار من العقاقير فى تخفيف مصلحتها الضرورية . ومن هنا فإن التبرع جائز شرعا لجلب المصالح أودرء المفاسد إلا أنه ينبغى الحيطة والتشدد فى هذه الإجازة ولذلك لابد من

توافر الشروط الآتية :

أولا :- ألا يتقاضى المتبرع بالدم ثمنا لذلك لأن الآدمى معصوم بكل أجزائه ويحرم بيعه .

ثانيا :- ألا يتأثر المتبرع بالدم فلا يصح من شخص ضعيف الجسم ويترك الأمر لتقدير الطبيب المسلم الصالح .

ثالثا :- أن تكون هناك ضرورة ملجئة لذلك فالضرورة تقدر بقدرها .

رابعا :- أن يكون المتبرع بالدم سليما من الأمراض الوبائية .

وإذا كان الأمر كذلك فما هى أدلة إجازة التبرع بالدم . لقد استقينا من كتب علماء الفقه الإسلامى على ما يحتج به لجواز التبرع بالدم وسنعرضها فيما يلى :-

أولا :- لقد ثبت من السنة النبوية الشريفة أن النبى ﷺ قد احتجم[٣١١] بين الحين والآخر فقد روى البخارى بسنده إلى حميد بن الطويل عن أنس رضى الله عنه أنه سئل عن أجر الحجام فقال : احتجم رسول الله ﷺ حجمة أبو طيبة وأعطاه صاعين من طعام وكلم مواليه فخففوا عنه وقال إن أمثل ماتداويتم به الحجامة . ووجه الاستدلال هنا أن الحجامة هى مصل الدم مطلقا . فليس بالضرورة أن يكون الدم فاسدا للتداوى . فإنه يكون قياسا عليه أن يتبرع الإنسان ببعض دمه للشخص المريض . ذلك أن الأمراض الدموية كما تنفعها الحجامة بإخراج الدم من جسمه وهى مشروعة لقصد التداوى . كذلك المريض الذى يحتاج إلى إدخال دم سليم فى جسمه إبقاء على حياته . والمهم أن الدم المتبرع به لا ينقص شيئا من أهل الإنسان ولايوجب إزالة المنفعة كما يحدث من المتبرع بالكلية فإنه موجب للإزالة .

ثانيا :- ذكر الحافظ ابن حجر فى الفتح عن بعض العلماء : أن جسم الإنسان يتعرض فى بعض الأحيان لهيجان الدم وخصوصا فى البلاد الحارة وهنا تكون الحجامة أنفع دواء لهم إذ أنها تفيد فى أمراض كثيرة[٣١٢] . وإذا كان الأمر كذلك حيث يستفيد المعطى والآخذ على السواء وينتفى الضرر فالتبرع بالدم جائز شرعا اعمالاً للقاعدة الشرعية «لاضرر ولاضرار» :

ثالثا :- إن الدم وإن كان عضوا من أعضاء الجسم إلا أنه عضو سائل يتجدد والتبرع من السليم للمريض ببعض الدم ليس فيه مايوجب الإزالة لمنفعة العضو ، كما هو الحال بالنسبة للكلية فهى عضو يابس يترتب على التبرع به إزالة المنفعة نهائيا إلا أنه ينبغى الإشارة إلى إجازة التبرع بالدم لايعنى أن للإنسان سلطة مطلقة على جسده . فهو لايملك التبرع إلا فى الحدود المشروعة المقيدة بالقواعد الشرعية ومن باب قوله تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان)[٣١٣] .

الفرع الثانى

شرعية التصرف فى لبن الأمهات

مقدمة : إن لبن الأمهات الآدميات يعتبر من الأجزاء السائلة مثل دم الآدمى إلا أنه يفترق عن الدم فى جملة شروط نوجزها فيمايلى :-

أولا :- أن دم الآدمى محرم بنصوص صريحة فى

الكتاب والسنة . قوله تعالى : (إنما حرم عليكم الميتة والدم .. الخ الآية)[٣١٤] . وماورد فى الحديث الشريف من النهى عن ثمن الكلب وثمن الدم[٣١٥] أما لبن الآدميات يحرم لكونه أحد أعضاء جسم الآدمى المصون عن الابتذال والمهانة فهو يستمد هذه الحرمة من هذه التبعية الجسدية .

ثانيا :- أن لبن الآدميات يثبت حرمة المصاهرة على خلاف الدم اذا افترضنا جدلا شربه .

ثالثا :- لبن الآدميات يتميز باللون والطعم والرائحة على خلاف هذا دم الانسان .

رابعا :- حكمة التحريم في الدم غير قائمة فى لبن الآدميات إذ الدم لا يغلى وبقاء الجراثيم المضرة للجسم فيه مايؤدى الجسد . أما لبن الآدميات على خلاف ذلك فهو غذاء للأطفال لبقاء النوع الإنسانى .

والمسألة التى دعت إلى التعرض لبحث هذا النوع من أجزاء الجسد السائلة هو مانشر فى إحدى الصحف اليومية عن فكرة إنشاء بنوك لبن الآدميات[٣١٦] . هذه سابقة خطيرة فى الشرع الإسلامى إذا ما أبيح هذا الإنشاء . ولذلك أوردت كتب فقهاء الإسلام والمذاهب الدينية آراء شتى فى إجازة أو عدم إجازة بيع لبن الآدميات . فذهب منهم إلى الإجازة والبعض إلى المنع والبعض إلي الإجازة بتحفظ والبعض الآخر ذهب إلى الكراهية لهذا البيع . وسوف نستعرض معا هذه الاتجاهات الأربع ونتبعها برأينا فى الموضوع .

الاتجاه الأول : مذهب جمهور الفقهاء[٣١٧]

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يجوز بيع لبن الآدميات إذا كان فى إناء سواء كانت المرأة حرة أو أمة . وكذلك الانتفاع به وأنه مضمون بالإتلاف . وقد استدلوا على ذلك بما جاء فى الكتاب الكريم (وأحل الله البيع وحرم الربا) . ووجه الاستدلال هنا . أن الله تعالى أحل البيع وأباحه فى كل من أحله الله . والبيع يقتضى التمليك بناء على مايدفعه المشترى من العوض وكما أن لبن الآدمية مشروب طاهر ومن ثم فإنه يجوز للمرأة أن تحلب لبنها فى إناء وتعطيه لمن يسقيه صبيا وهذا تمليك منها له . وكل ما صح ملكه وانتقال الأملاك فيه حل بيعه إلا ما جاء فيه نص يخالف ذلك .

كما استدل أنصار هذا الاتجاه أيضا بالحديث الشريف[٣١٨] ما رواه مسلم فى صحيحه بسنده إلى زينب بنت أم سلمة قالت : قالت أم سلمة لعائشة إنه يدخل عليك الغلام الأيفع الذى ما أحب أن يدخل على قال فقالت عائشة أما لك فى رسول الله أسوة قالت إن امرأة أبى حذيفة قالت يارسول الله إن سالما يدخل على وهو رجل وفى نفس أبى حذيفة منه شىء فقال رسول الله أرضعيه حتى يدخل عليك . ووجه رسول الله ﷺ «أرضعيه» مع أن وقت الرضاع المحرم لدى الجمهور قد فات . فاللبن مشروب طاهر كسائر الألبان بدلالة أن الرضيع هنا رجل وليس طفلا . وقد قال القرافى أن عائشة أرضعت كبيرا فحرم عليها . فلو كان حراما لما فعلت ذلك ولم ينكر عليها أحد من الصحابة فكان إجماعا على إلغاء هذا الفرق بين الآدميات ولبن غيرهن من الحيوان

مأكول اللحم[٣١٩] .

الاتجاه الثانى : مذهب أبى يوسف

ذهب أبو يوسف وهو من أصحاب أبى حنيفة إلى إجازة بيع لبن الآدمية الأمة فقط وذلك استناد إلى أنه يجوز إيراد العقد عليها فكذا يجوز على جزئها . فالأمة مال متقدم فكذلك أيضا جزؤها[٣٢٠] .

هذا وقد اعترض البعض على هذا الجواز[٣٢١] بأن الجواز يتبع المالية ولا مالية للإنسان إلا ما كان محلا للرق وهو الانسان الحى ولا حياة فى اللبن . واستطرد هؤلاء بالقول إن اللبن جزء من أجزاء الآدمى بدليل أنه تثبت به حرمة المصاهرة وهو بجمع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال والأمتهان بالبيع إلا حاصل فيه الرق وهو لا يحل فى اللبن . أما كونه مشروبا فضرورى لأجل الأطفال بحيث لو استغنى عنه لايجوز . ونظيره ملك النكاح فإنه ضرورى لاقتضاء الشهوة وإبقاء النسل فلا يدل على أن البضائع مهان مبتذل . وأضاف هؤلاء أن لبن الآدمية فى حكم المنفعة حق جاز استحقاقه بقصد الاجارة فى الظئر . ونذهب مع بعض الفقهاء إلى أن أبو يوسف قيد جواز بيع لبن الإماء تقييد لامعنى له وليس هناك مبرر لذلك إذ أن الرقيق لن يظل رقيقا . ومن ثم فإن الأمة لن تبقى أمة فى منهج الإسلام وخصوصا أننا نعلم ضيق مصادر الرق بل فتح الباب للقضاء عليه نهائيا وخصوصا فى العصور الحديثة لم يعد الاسترقاق نظام له جذور . فيوم تحرر الاماء جميعا فإنه لايمكن القول بجواز بيع ألبانهن .

الاتجاه الثالث : الحنابلة «الكراهية»

يرى الإمام أحمد بن حنبل أنه يكره بيع لبن الآدميات مطلقا . فقد سئل رحمه الله تعالى عن بيع لبن الآدميات فقال أكرهه[٣٢٢] .

فى واقع الأمر لم نجد تعليلا لماذهب إليه الإمام أحمد فى قوله بالكراهة لكننا نذهب مع بعض الفقهاء إلى القول بإنه يغلب تعليل ذلك لأحد احتمالين :[٣٢٣] .

الأول : أن القول بالحرمة قد يكون فيه شدة لأن اللبن مشروب يتربى عليه أجيال متعاقبه . كما أنه ليس بالجزء الآدمى اليابس الذى تزول منفعته بإخراجه وبه لا ينتقص شىء من الأصل .

الثانى : أن القول بالجواز قد يكون مبالغا فيه باعتبار أن اللبن جزء الآدمى وهو مكرم بكل أجزائه . وربما فى ذلك امتهان لهذه الكرامة .

الاتجاه الرابع : الحنفية [عدم الجواز مطلقا] مع بعض الشافعية

يرى الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وتابعه حشد من باقى المذاهب الأخرى وعلى ماذكره صاحب الجواهر أنه لايجوز بيع لبن الآدميات . لأنه جزء من الآدمى . والآدمى مكرم شرعا فكذلك جزؤه[٣٢٤] .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى الأدلة التالية لمنع جواز بيع لبن الآدمية ونوجزها فى :-

١ - إن لبن الآدمية جزء منها وقد صان الله الآدمى بجميع أجزائه عن مواطن الامتهان والابتذال . وفى بيعه إدخال له فى دائرة المعاملات المالية ولا فرق فى ذلك بين

الآدمية الحرة والأمة . فهذا اللبن تثبت به حرمة المصاهرة بين الرضع .

٢ - إن لبن الآدمية ليس بمال متقوم حيث لا يضمن بالإتلاف . لأن الذى يضمن ما ينتقص من الأصل . واستخراج اللبن لا ينقص شيئا من الأصل . فلا يقاس ذلك على بقية الأعضاء الآدمية التى تضمن بالإتلاف وذلك اعمالا لأحكام الدية والقصاص فى الفقه الإسلامى .

٣ - إن لبن الآدمية فى حكم المنفعة ولذا جاز استحقاقه بعقد الإجارة بخلاف لبن الحيوان فليس له حكم المنفعة وبالتالى لا يستحق بعقد الإجارة .

وأينا فى الموضوع :-

فى واقع الأمر أننا نذهب مع أنصار الاتجاه الأخير الذى يرى منع جواز بيع لبن الآدميات وذلك للأسباب التالية :

أولاً : يترتب على إجازة هذا البيع اختلاط الأنساب . وذلك استناداً إلى مارواه ابن عباس قال : قال النبى ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» لأن حرمة المصاهرة تثبت بشربه وفى ذلك شر يلحق بالأمة الإسلامية .

ثانيا : إن فى الإباحة لهذا البيع إبتذال للأمهات وتشبيههن بالحيوانات التى تحلب وقد كرم الله الآدمى وصانه عن الابتذال والمهانة .

رابعا : إن فى إباحة هذا البيع أيضا ما يظهر عورات النساء وفيه صعوبات كثيرة .

خامسا : مشكلة التلوث لهذه الألبان فربما تكون النساء لديها مرض خبيث غير ظاهر مايضر بصحة الأطفال الرضع . ونعلم ذلك من إحصاءات أمراض الصدر الخبيثة أن النساء أكثر عرضة فى الإصابة بهذا المرض فى تلك المنطقة من الجسم .

سادسا : جهالة الأم من الرضاع مما يؤدى إلى فساد الأنكحة بين الناس .

الخلاصة : أنه لايجوز بيع لبن الآدميات ولا التبرع به إذا كان يحلب فى إناء ويمكن الاستعاضة عن ذلك بالمرضعات اللاتى يرضعن هؤلاء الأطفال رضاعا طبيعيا وذلك عملاً بالقاعدة الشرعية جلبا للمصالح ودرءاً للمفاسد . فإن مصلحة الأطفال الذين تتوفى أمهاتهم عند الوضع . أو النساء اللائى لم يرضعن لأسباب بدنية أو صحية فحاجة الطفل إلى اللبن الانسانى لكى ينمو . من ثم يمكن الاستعانة بالمرضعات كرضاعة طبيعية والله وتعالى أعلم .»

الفرع الثالث

شرعية التصرف فى شعر الآدمى

مقدمة :

نظرا لانتشار ظاهرة الشعر الزائف أو مايسميه البعض (الباروكة) التى تغير من شكل الرجل أو المرأة على السواء . فقد يباع شعر الآدمى خصيصا لذلك الغرض مما حدابنا فى مقام هذا البحث إلى التعرض لأحكام الشرع الحنيف بخصوص تلك المشكلة التى ذاع انتشارها ونظراً لأهمية الشعر بالنسبة لرأس الآدمى التى يوجد بها مركز الإحساس وهو المخ فإن أهمية الشعر وإن كان من الأعضاء السائلة التى تتجدد تأتى فى الأهمية الأولى

للمحافظة عليه حماية لهذا الجزء الحيوى من أجزاء الجسم البشرى . وقد اختلف فقهاء المسلمين فيما بينهم فى خصوص مسألة بيع شعر الآدمى والانتفاع به . فذهب البعض إلى عدم الإجازة بينما ذهب الاتجاه الثانى إلى إجازة الانتفاع به فقط وسنعرض فيما يلى لكل اتجاه على حده .

الاتجاه الأول : عدم إجازة بيع شعر الآدمى والإنتفاع به

ذهب أنصار هذا الاتجاه وهم أبو حنيفه وأبو يوسف والمالكية والشافعية(٣٢٥) إلى أنه لا يجوز بيع شعر الآدمى وكذلك الانتفاع وذلك لكرامته وحرمته فهو كجزء من أجزاء الجسم البشرى له سائر حرمة هذا الجسد ويجب دفن شعره وظفره وسائر أجزائه(٣٢٦) .

واستدل أنصار هذا الاتجاه على صحة ماذهبوا بالأحاديث النبوية الشريفة فقد جاء فى الحديث الشريف بسنده إلى أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة(٣٢٧) .

ووجه الاستدلال هنا أن وصل الشعر بشعر آدمى آخر حرام لا يجوز فعله لأن اللفظ جاء باللعن . وأن اللعن أقوى الدلالات على تحريم الشىء . بل إن بعض العلماء يعدها من علامات الكبائر(٣٢٨) .

وقد قال النووى إن هذا الحديث يدل دلالة صريحة على تحريم الوصل والوشم مطلقا وهذا هو الظاهر المختار . غير أن أصحاب الشافعية قالوا : إذا كان الوصل بشعر الآدمى فهو حرام بلا خلاف سواء كان شعر رجل أو إمرأة . وسواء شعر المحرم أو الزوج أو غيرهما وذلك لعموم الحديث . أما إذا كان الوصل بشعر غير شعر الآدمى فإن كان نجسا كشعر الميتة وشعر مالا يؤكل لحمه إذا انفصل فى حياته فهو حرام أيضا لأنه حمل نجاسة فى صلاته .

وقد تمسك الإمام مالك وآخرين باللفظ العام للحديث فمنعوا وصل الشعر بأى شىء سواء كان شعر آدمى أو غيره أو صوف وذلك على خلاف ماذهب إليه الليث بن سعد من أنه لابأس بوصل الشعر بغيره مما ليس بشعر إذ النهى مختص بالموصول بالشعر(٣٢٩) ووجه الاستدلال الثانى مارواه مسلم بسنده إلى جابر بن عبدالله يقول : زجر النبى ﷺ أن تصل المرأة برأسها شيئا(٣٣٠) .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف ظاهر فى أنه لايجوز أن تصل المرأة بشعرها شيئا فلا يجوز وصل الشعر بشىء مطلقا .

واستدلوا أيضا من رواية البخارى من قول معاوية «أن النبى ﷺ سماه الزور» لأن المرأة قد تفعل هذا التدلس به على من يخطبها(٣٣١) . ومن ثم قال النووى أنه يحرم على المرأة التى لم يكن لها زوج أن تصل شعرها بشعر طاهر غير الآدمى رفعا لهذا التدليس .

الاتجاه الثانى : جواز الانتفاع بشعر الآدمى

يرى أنصار هذا الاتجاه وهم محمد بن الحسن الشيبانى صاحب أبى حنيفه وابن حزم من الظاهرية أنه يجوز الانتفاع بشعر الآدمى . ويتفق معهم كل من الهاروية والإباضية(٣٣٢) . الا أن الهاروية قيدوا ذلك بشعر المحرم الذى ينفصل عنه عندما يتحلل من إحرامه . أما

الإباضية فقد أجازوا الانتفاع به وكرهوا بيعه . وقد استدل أنصار هذا الاتجاه بالأحاديث الشريفة ومنها مارواه مسلم بسنده إلى أنس قال لقد رأيت رسول الله ﷺ والحلاق يحلقه وأطاف به أصحابه فما يريدون أن تقع شعره إلا فى يد رجل(٣٣٣) .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يجوز الانتفاع بشعر الآدمى ولو لم يجز الانتفاع به ما سكت رسول الله ﷺ على من أخذ شعره تبركابه . بل ذكر بعض العلماء أن النبى ﷺ حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعله . إذ لا يتبرك بالنجس(٣٣٤) .

* واستدل الإمام يحيى بجواز الانتفاع بشعر الآدمى للتداوى بحديث أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنها(٣٣٥) فإنه مصرح بأن الوصل فيه كان للتداوى العروس التى أصيبت بمرض الحصبة وكانت على وشك الدخول على زوجها .

تقدير ماذهب إليه أنصار الاتجاهين :

فى رأينا أن ماذهب إليه أنصار الاتجاه الأول هو الراجح وذلك للحكمة الشرعية التى يقوم عليها صيانة جسد الآدمى عن الابتذال . فالشعر جزء من جسم الآدمى هذا الكيان . ولكن يحدونا هنا تحفظ هو أن الطب كالشرع وضع لجلب المصالح ودرء المفاسد . فإذا كان فى الانتفاع بالشعر الآدمى للتداوى مثلا كعملية تجميل مثلا لزرع الشعر فى الرأس لحمايتها من الظواهر الطبيعية . فهو جائز لجلب منافع للإنسان إذ أنه يحمى هذا الجزء الحيوى الذى يوجد فيه مركز الإحساس وهو المخ . ولكن يجب أن تقدر الضرورة بقدرها . إذ من المقرر شرعا أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة بشرط ألا تتعدى القدر الذى يدفع الضرورة أو الحاجة .

اقتراح بإنشاء مجمع للأعضاء البشريه

مقدمة :

الأمر الذى لاجدال فيه شرعا وقانونا أن لجسم الآدمى حرمة . إلا أن هذه الحرمة تتفاوت فى الشرع الإسلامى عن القانون الوضعى . فنجد أن فقهاء المسلمين يكادون يبالغون فى الحرمة ويجعلونها تصل إلى حدها المطلق (الحرمة المطلقة) مع إجازة بعض الاستثناءات . أما فقهاء القانون الوضعى يحققون من هذا المبدأ تطبيقا للقواعد الشرعية التى تقضى بجلب المصالح للعباد . كقاعدة الضرورات تبيح المحظورات . ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

ولكن ماهى الأدلة الشرعية التى توجب حرمة الآدمى بصفة مطلقة وماموقف التشريع الوضعى من هذه المشكلة ؟

نستعرض فيما يلى أدلة الحرمة المطلقة لفقهاء المسلمين . فقد استدلوا بما جاء فى الكنز الزيلعى : وحرمة طرق الإنسان كحرمة نفسه . حتى ولو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها . كما لم يرخص له قتل نفسه(٣٣٦) .

كما استدلوا بما جاء فى الفتاوى الهندية أنه يحرم استخدام الأعضاء الآدمية فى التداوى والمعالجات(٣٣٧) .

وقد ذكر جمهور المالكية والحنابلة : منع شق بطن

المرأة الميتة إذا علم أن فى بطنها جنينا حيا ولو رجى حياته على المعتمد لأن سلامته مشكوك فيها . فلا تنتهك حرمة مؤكدة لحياة موهومة(٣٣٨) .

وقال الإمام محمد بن إدريس الشافعى : فإن عجل أحد بحفر قبر ليدفن ميتا فوجد ميتا أو بعضه أعيد عليه التراب . وإن خرج من عظامه شىء أعيد إلى القبر(٣٣٩) .

وقال علماء الزيدية : وحرمة قبر المسلم والذمى ثابتة كالمسجد من الثرى إلى الثريا طالما وجد فيها أجزاء من الميت لأن العبرة بذلك .

إلا أن فقهاء المسلمين لم يأخذوا بالمبدأ على إطلاقة والدليل على ذلك أنهم لم يمنعوا أخذ بعض أعضاء الميت الآدمى لاستخدامها لمصلحة المريض المضطر إليها(٣٤١) .

هذا من وجهة الشرع الحنيف . ونجد فى القانون الوضعى . قانون العقوبات المصرى الصادر فى ١٩٣٧/٧/٣١ برقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ فى الباب الحادى عشر «الجنح المتعلقه بالأديان . خصص المشرع الوضعى المادة ٣/١٦٠ (كل من انتهك حرمة القبور أو الجبانات أو دنسها) يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين» .

ويستدل من هذا النص أن المشرع حرص على حماية الجسد الآدمى حتى دفنه فى قبره . وجعل تدنيس الجبانات أو أى فعل من شأنه انتهاك حرمة القبور جريمة يعاقب عليها بالعقوبة المقيدة للحرية أو المالية .

وقد عارض بعض الفقهاء المسلمين فى فكرة إنشاء بنك للأعضاء الآدمية التى تم طرحها بالمؤتمر الطبى الإسلامى الدولى المنعقد فى فبراير ١٩٨٧ . وذلك لما فى هذه الفكرة من المثلة والإمتهان للكرامة الآدمية(٣٤٢) .

وقد ساق صاحب هذا الرأى المعارض أدلة شرعية على ذلك مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة .

الدليل الأول : ما جاء بقوله تعالى : (فبعث الله غرابا يبحث فى الأرض ليريه كيف يوارى سوأة أخيه قال ياويلتى أعجزت أن أكون مثل هذا الغراب فأوارى سوأة أخى فأصبح من النادمين)(٣٤٣) .

فهذه الآية تقص لنا قصة هابيل وقابيل فقتل الأخير أخاه ولم يعرف كيف يتم دفنه فأرسل الله تعالى وعلى حد قول بعض العلماء(٣٤٤) ملكا فى صورة غراب ليعلم بنى آدم كيفية دفن الموتى . وبهذا الفعل صار الدفن فرض على جميع الإنسانية . وهو فرض كفاية صيانة للإنسان وسترا له عن أن تنتهك حرمته . فهذا يدل دلالة قاطعة على عدم التمثيل بالجثة للمتوفى الآدمى .

الدليل الثانى : ماجاء بقوله تعالى : (ثم أماته فأقبره)(٣٤٥) ووجه الاستدلال هنا أن الله تعالى أمر بدفن موتى بنى آدم لما جعل لهم من حرمة سواء كانوا أحياء أم أموات لكى لا يكون مثله مما يؤدى إلى ابتذاله وامتهانه فأوجب دفنه حفظا له وسترا .

وقد أمعن الله تعالى فى صيانته حتى فى قبره فحرم

بنبش القبول إلا لضرورة قاهرة يقرها الشرع الإسلامى . وحرم أيضا إنتهاك حرمات الموتى حتى ولو كان بالكلام عنه فقد روى أبو داوى بسنده إلى عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ «إذا مات صاحبكم فدعوه ولا تقعوا فيه»(٣٤٦) .

الدليل الثالث : ما فعله بعض الصحابة فقد نقل عن الإمام أحمد أنه قال : لقد صلى أبو أيوب الأنصارى على رجل ووارها وصلى عمر على عظام آدمية بالشام وصلى أبو عبيدة عامر بن الجراح على رؤوس بعد تغسيلها وتكفينها . وقال الإمام الشافعى : ألقى طائر يدا بمكة من وقعة الجمل عرفت بالخاتم وكانت يد عبد الرحمن بن عتاب بن أسيد فصلى عليها أهل مكة(٣٤٧) .

ووجه الدلالة فى فعل الصحابة رضى الله عنهم واضح فى وجوب دفن أعضاء الآدميين وعدم تركها لما فيه من المثلة بها وهى حرام .

كل هذا يؤكد عدم صدق فكرة إنشاء مثل هذا البنك . فهى فكرة لا تتفق مع تعاليم الإسلام . وأن الشفاء بيد الله تعالى . ويجب على المسلمين عدم الانسياق وراء حضارات الغرب التى لا تدين بالإسلام وأن يتقوا الله فى دينهم . ولو صدق هؤلاء بالعمل على تنفيذ الشرع الحنيف لأنزل عليهم بركات من السماء والأرض .

رأينا فى الموضوع :

سبق أن اقترحنا فى القسم الخاص بالقانون الوضعى بإنشاء مجمع للأعضاء البشرية ولفظنا إطلاق تسمية بنك للأعضاء البشرية حتى لا يلتبس الأمر على القارىء من أن لفظ البنك يوحى بالربح والاتجار وهو ما يصح أن يكون مجالا للأعضاء البشرية وإزاء رفض فكرة تجميع أعضاء الآدمى . فإننا نرجح إنشاء مجمع للأعضاء البشرية فسوف لا نعرض هذه الأجزاء للبيع والاتجار فيها وليس هناك مقابل للانتفاع بها ونقرر أن مصادر هذا المجمع كما سبق ذكرها تتمثل فى جرحى وقتلى الحوادث المجهولى الشخصية والذين تشرح جثثهم بالطريق الجنائى عن طريق جهات التحقيق الجنائى . والمحكوم عليهم بالإعدام الذى تم تنفيذه بالفعل . فلن يضار إنسان فى بدنه . وأن حفظ هذه الأجزاء لا يكون فى زجاجات وتعرض على جمهور الناس كما يذهب الرأى المعارض لفكرتنا حتى لا يتعرض الآدمى للمثلة . بل إن هذه الأجزاء الآدمية تكون فى سترة لايطلع عليها إلا القائمين على شئون هذا المجمع فقط . فمبدأ الرفض يجب ألا يؤخذ على إطلاقه . فهناك العديد من القواعد الشرعية التى تبيح ذلك ذكرها صاحب الرأى المعارض نفسه . وهى أنه يجوز للمضطر أن يأكل لحم الآدمى الميت فالحرمة ليست تعبدية وإنما هى لكرامة الآدمى وشرفه . وقال الإمام الشافعى : إذا وجد المضطر آدميا ميتا جاز له بل يجب عليه الأكل بشروط ثلاثة :

الأول : ألا يجد غيره فإن وجد غيره ولو ميتة مغلظة كالخنزير حرم عليه الأكل من الآدمى الميت ولو غير معصوم الدم .

الثانى : أن يكون المضطر معصوما فلو كان مهدر الدم لم يجز له الأكل من لحم الآدمى الميت ولو اضطر .

الثالث : ألا يكون المضطر ذميا أو معاهدا أو مستأمنا إذا كان الآدمى الميت

ملما[٣٤٨] . فالقاعدة الشرعية أن الضرورات تبيح المحظورات والفرض أن المريض لابد وأن يموت إذا لم ينقل إليه جزء من جثة المتوفى . والإنسان الحى أفضل من الميت ولهذا لا يوجد ما يمنع من أخذ جزء من جثة الميت لإنقاذ شخص حى . بل إننا نذهب مع بعض الفقهاء إلى أن ذلك[٣٤٩] يعتبر صورة من صور تطبيق الآية الكريمة (يخرج الحي من الميت ويخرج الميت من الحى) فنقل جزء من جثة الميت إلى شخص المريض على وشك الموت من شأنه أن يحييه . وقرر المؤتمر الدولى الإسلامى المنعقد فى ماليزيا عام ١٩٦٩ أنه يجوز نقل وزرع الأعضاء من ميت إلى حى إذا تحققت المصلحة العلاجية من ذلك بشرط وفاة المتنازل وأن يكون النقل إما بوصية منه أو من وليه[٣٥٠] .

وهذه المشكلة كثيرا ما عرضت على دار الإفتاء المصرية وعلى ما أعتقد أنه صحيح اعتبارا من عام ١٩٧٤ وحتى ١٩٩٠[٣٥١] . فقد اتضح من هذه الفتاوى أن بعض العلماء حرموا التبرع بشيء من أجزاء الجسد لا فى حال الحياة ولا فى حال الوفاة غير أن جمهور الفقهاء يرى جواز نقل عضو من أعضاء الميت إلى جسم إنسان حى إذ كان هذا العضو منفعه ضروريه لا يوجد بديل لها وأن يحكم بذلك الطبيب المتخصص الثقة . وهذا الرأى هو الراجح وذلك استنادا إلى القاعدة الشرعية «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» .

فقواعد الدين الإسلامى مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تقويتها أشد من هذا الضرر . فإذا كان أخذ عين الميت مثلا لترقيع قرينة عين المكفوف الذى لا يرى النور يحقق مصلحة راجحة . بل هو علاج لضرر أشد . وليس فى هذا ابتذال للميت ولا اعتداء على حرمته . فالضرورة تقدر بقدرها . ولايجوز الاحتجاج فى هذا الصدد بما قرره صاحب الرأى المعارض بأن الله تعالى هو الذى يحدد هذه المصلحة وليس البشر . لأن الله تعالى أجود من البشر فهو يريد بالبشر يسرا لا عسرا . ويريد بالبشر التحفيف وليس التشديد ففى حقوق العباد المشاحة وفى حقوق الله المسامحة . ونذهب إلى أبعد من ذلك بأنه إذا لم يزود قسم التشريع بالمعاهد المتخصصة فى هذا المجال بالجثث لاغراض التعليم عليها . فسود نهدر مبدأ أساسى فى التشريع الإسلامى وهو الدعوة إلى التداوى . فقد ورد فى الحديث الشريف ماروواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء» وفى رواية «أن لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله . أى فإذا انزل الدواء على الداء شفى المريض من مرضه بإذن الله . وسئل ﷺ . انتداوى يارسول الله ؟ قال :

نعم تداوو فإن الله لم يضع داء أى لم يخلق مرضا إلا وضع له دواء .. غير داء واحد وهو الهرم أى الشيخوخة»[٣٥٢] وليس فى إجازة إنشاء هذا المجمع مخالفة للتشريع الحنيف بل هو من أجل جلب المصلح للعباد فكم يسعد الشخص إذا رد إليه نور بصره بعد إجراء ترقيع القرنية مثلا . وكم يسعد أيضا إذا ما أجريت له جراحة فى الكلى وزرعت كلية صحيحة بدلا من المريضة . فكل هذه

مصالح ومنافع العباد . فالله تعالى رحمته واسعة لكل شىء فقد ورد فى الكتاب الكريم «ورحمتى وسعت كل شىء» «ربنا وسعت كل شىء رحمة وعلما» .

وإيمانا بهذه الفكرة لم نجد فى التشريع الوضعى سوى القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ والقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن إنشاء بنك الدم وبنك العيون . إلا أننا نخاطب المشرع بأن يخطو خطوة تشريعية نحو إلغاء ما يسمى بالبنك حتى لا تكون هناك شبهة للاتجار أو شبهة للاستغلال ذات الطابع الربحى . ونضع نصب أعيننا أن هذه الفكرة لم تلق رواجا سوى فى الدم وقرنية العين فقط من أعضاء الجسم البشرى . وهذا لعلة واضحة أن الدم والقرنية هما الأجزاء التى يمكن الاحتفاظ بها لفترة معقولة يمكن الانتفاع بها بالنسبة للشخص المريض . فقد انتشرت ما يسمى ببنوك العيون على المستوى الدولى وهناك اتحاد فيدرالى دولى لبنوك العيون الدولية . وتذكر منها فى مصر بنك دولى للعيون فى جامعة القاهرة مقره حرم المنيل الجامعى التابع لكلية طب القاهرة . والثانى . فى جامعة عين شمس التخصصى . وهناك بنكان مزمع انشاؤهما فى كلية طب طنطا . وكلية طب الاسكندرية . ويشرف على هذه البنوك أساتذة طب العيون بالجامعات المختلفة فى جمهورية مصر العربية . ونأمل بالتقدم فى التوسع فى إنشاء مجمعات أخرى لباقى الأعضاء الحيوية الأخرى مثل الكلى والقلب والرئتين نظراً للنجاح الباهر الذى حققته التجارب العلمية الطبية فى هذا المجال .

وأخيرا وفى ختام هذا البحث تعليقا على الاقتراح بإنشاء مايسمى بمجمع للأعضاء البشرية أنه اقتراح أقرب إلى الصواب لأن الطب كالشرع جعل أصلا لجلب المصالح ودرء المفاسد عن البشر . فإذا كان فى إنشاء هذا المجمع ما يقضى على قائمة الإنتظار مثلا بالنسبة لمرض العيون . إذ كثيرا ما نقرأ أن هناك نسبة كبيرة من المرضى بعتامة القرنية من الحرفيين وهى إصابة ناتجة عن مواد كيماوية أو بآلة حادة أو التهاب بكتيرى أو فيروس أو فطرى ناتج عن تخللات مرضية . ويقدر عدد القرنيات التى يمكن نزعها كل يوم بحوالى قرنيتين يتم حفظهما فى البنك لأى طلب(٣٥٣) وهذا المرضى لا يرون نور الحياة الدنيا وقد طالعتنا الإحصاءات فى هذا المجال بأنه نسبة النجاح لا تقل عن ٩٥٪ بأى حال(٤٥٤) .

ونأمل أن يتسع المجال فى أعضاء أخرى وتكتمل بإنشاء ما يسمى بمجمع للأعضاء البشرية» .

خاتمـه البحث

خاتمة هذا البحث ليست تلخيصا له . وإنما هى مغزاة . ومغزى هذا البحث يظل القانون باعتباره من العلوم الحيوية والاجتماعية دائما فى تقديم الجديد لخدمة البشر .

فالتقدم العلمى يقوم الكثير من الوسائل المخترعات وعلى رجل القانون أن يقبل مايراه فى مصلحة الإنسانية وأن يرفض مايراه غير إنسانى فالعلم والطب يمكن أن ينظر اليها على أنهما يساعدان القانون ويعاونانه . ولكن يجب النظر إليهما على أنهما النموذج المثالى الذى يجب

الاحتذاء به . فالقانون يجب أن يهيمن على الفنون العلمية الحديثة حتى يشكلها بما يتوائم مع مصلحة الإنسان .

فإزاء هذا التقدم الهائل فى زراعة ونقل الأعضاء الآدمية أصبح جسد الانسان محلا لهذه البحوث العلمية والعمليات الجراحية . من هنا كانت الزاوية التى يدخل منها رجل القانون لتقديم الوسيلة المشروعة لممارسة هذه العمليات حتى لا يقع هؤلاء العلماء تحت طائلة المسئولية القانونية المدنية والجنائية والذى لفت الأنظار إلى الإطلال بالبحث من هذه الزاوية وهى زاوية المشروعية للتصرف فى أعضاء جسم الإنسان الحى بالغا أم قاصرا أم ميتا . هو ما نقرأه فى وسائل الاعلام الحديثة من نشر أخبار شراء كلية مثلا بمبالغ زاهدة لا تتناسب مع مبدأ حرمة الجسد على الإطلاق . فحتى لا يقع هؤلاء فريسة فى أيدى حفنة قليلة من المضاربين . ثم وضع الخطوط العريضة لرسم هذه المشروعية فى هذا المجال باعتباره يمس أغلى شىء فى الوجود المادى وهو العنصر البشرى . وفضلنا أن تقارن مع هذه المشروعية بما أورده فقهاء العلماء المسلمين فى الفقه الإسلامى .

فقد تناولنا فى هذا البحث فى ثلاثة فصول . الفصل التهميدى وتناول مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان فى مواجهة التيارات الفعلية . وأن جسم الإنسان لا يصلح أن يكون محلا لحق الملكية لاختلاف الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الحق . وفى مواجهة هذا المبدأ يكون مبدأ ضرورة التضامن الإنسانى . الذى بموجبه تم اخضاع جسد الآدمى لتفرقات قانونية تناولت التعرض لنزع جزء من أجزائه المزدوجة التى لا يترتب عليها المساس بوظيفة الجسد وهى حياته . ووجه الفقه والقضاء المبررات العلمية التى تجيز هذا المساس الذى لايتأثر به هذا الجسد . وقد تناولنا هذه المبررات التى تخلص فى نظرية السبب المشروع وحالة الضرورة وتحقيقه النفع العام . ووجدت هذه المبررات استناداً إلى نصوص القانون الوضعى مثل القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فى شأن التبرع بالدم . والقانون ١٦٢ لسنة ١٩٦٢ فى شأن بنك العيون . وذلك عن طريق القياس على الأجزاء المزدوجة لجسم الآدمى وتناولنا فى الفصل الأول التصرف فى جسم الإنسان باستعراض شرعية التصرف حال الحياة وتم إجازة هذا التصرف سواء بالبيع أو التبرع إلا أنه يكون قاصر على الأجزاء المزدوجة التى لا يترتب عليها المساس المستديم بالجسد الآدمى مع وضع بعض الضمانات التى تكفل هذا الشخص محل التعامل فى حالة قتل عضو سليم منه إلى آخر مريض كعمل وثيقة تأمين مثلا تقيه مخاطر التعرض فى المستقبل إذ ما حدث وقلت كفائته عن العمل . ثم تناولنا شرعية التصرف بعد الوفاة . أى التعامل فى جسم الآدمى الميت سواء عن طريق الوصية عن طريق آخر كموافقة الأقارب فى حالة وجود أقارب . ورجحنا الموافقة الافتراضية للأقارب . فى حالة بعدهم أو عدم تواجدهم بجوار المتوفى . وخلصنا من ذلك باقتراح بإنشاء مجمع للأعضاء البشرية يكون مصدره جثث الموتى أو القتلى فى الحوادث المجهولى

الشخصية والأشخاص المنفذ عليم حكم الإعدام . ووضع تصور لكيفية عمل هذا المجمع لقطع الغيار البشرية والابتعاد عن تسميته ببنك الأعضاء الآدمية . وذلك حتى يزول كل شك لدى أفراد المجتمع بأن هناك تعامل تجاري لهذه الأعضاء البشرية .

وتناولنا في الفصل الثاني سلطة الإنسان على جسده في الفقه الإسلامي ببيان الحماية الشرعية لهذا الجسد الآدمي متناولين مظاهر هذا التكريم الذي لقاه الانسان عن باقي المخلوقات وأن لهذا الجسد حرمة . فيجب صيانته عن الابتذال والإمتهان ثم أوضحنا مدى سلطة الإنسان على جسده بتقسيم أجزاء الجسد إلى أجزاء يابسة وأجزاء سائلة موضحين بالتفصيل أدلة التحريم والجواز لهذه السلطة . ولم يستثن فقهاء الشريعة الاسلامية سوى إجازة المضطر في مخمصة إلى أكل لحم الآدمي ولكن بشروط معينة . وكذلك التبرع بجزء من جسم الآدمي إذا كان مفيدا للمريض وبشروط مشددة أيضا . وقد تم اختيار بعض أجزاء الجسد كي تكون محلا لهذا البحث وقياس عليها باقي الأعضاء المماثلة الأخرى . واستعرضنا في نهاية البحث الرأي المعارض لفكرة إنشاء مجمع لقطع الغيار البشرية أو كما يسميه صاحب الرأي المعارض بنك الأعضاء البشرية .

وتم الرد على الرأي المعارض استدلالا بالقواعد الشرعية التي ساقها جمهور فقهاء المسلمين مثل قاعدة الضرورات تبيح المحظورات . وتعاونوا على البر والتقوى . الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . أو الضرر يزال . وجلب المصالح مقدم على درء المفاسد .

وبعد فهذا اجتهاد في مجال البحث وأسأل الله أن يوفقنا لما فيه الخير من جلب المصالح ودرء المفاسد . فإنه نعم المولى ونعم النصير .

والله ولي التوفيق .

القاضي لا يصانع ، ولا يضارع ، ولا يتبع المطامع

أمير المؤمنين
عمر بن الخطاب

هوامش

(١) راجع د . رؤوف عبيد . الانسان روح لا جسد مطول عام ١٩٧١ .
(٢) د . حسام الأهوانى . «المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء» عام ١٩٧٥ ص ٤ - ٨ .
(٣) صحيفة الأهرام المصرية فى عددها الصادر فى ١٩٨٧/١/١٠ .
(٤) صحيفة الأهرام المصرية فى عددها الصادر فى ١٩٨٩/٢/١٨ .
(٥) د . حسام الأهوانى . مجلة نادى القضاه . عدد مارس ١٩٨٧ ص ١٢ - ١٤ .
(٦) نقض فرنسى ٣٠ مارس ١٨٨٦ - واللوز ١٨٨٦ - ١ - ٤٥١ محكمة السين فى ٣٢/١٢/٢٠ «حدث فى هذه القضية أن رفض الحانوتى تسليم الجثة لأهل المتوفى ليقوموا بدفنه إلا بعد دفع الأتعاب الخاصة به أى أنه مارس الحق فى الحبس وفاء لدينه . ومحكمة النقض اعتبرت أن الحبس هنا غير جائز لأن جسم الانسان خارج المعاملات المالية» .
(٧) كاربونية : القانون المدنى . الجزء الأول ص ١٦٥ رقم ٤٨ باريس عام ١٩٦٥ .
(٨) راجع د . عبد الرحيم السكرى نقل وزراعة الأعضاء الآدمية منظور اسلامى عام ١٩٨٨ ص ٩٢ .
(٩) راجع د . حسام الأهوانى . نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ١٠ - ١١ .
(١٠) أنظر فى تفاصيل ذلك . د . حسام الأهوانى «الأضرار الناتجة عن إصابات الجسم رسالة باريس عام ١٩٦٨ دراسة مقارنة .
(١١) أنظر د . حسام الأهوانى نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ١٣ - ١٤ .
(١٢) أنظر د . حسام الأهوانى نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ١٦ - ١٨ .
(١٣) (أ) راجع نقض مدنى ١٩٨٥/٣/١٧ مجموعة أحكام النقض المصرية فى خمسون عاما .
(ب) راجع د . عصام أحمد الحق فى سلامة الجسد . رسالة دكتوراه عام ١٩٨٨ ص ٧٢ .
(١٤) راجع د . حسام الأهوانى المرجع السابق ص ٦ بند ٢ من هذا البحث .
(١٥) راجع د . حسام الأهوانى المرجع السابق ص ٨ بند ٢ من هذا البحث .
(١٦) كاربونية : القانون المدنى - جزء أول ص ١٦٧ .
(١٧) أنظر ليرسون : الحقوق غير المالية . رسالة من ليون سنة ١٩٣٩ رقم ٦٨ .
كاربونية : المرجع السابق ص ٥ من هذا البحث جزء أول ص ١٧٩ .
(١٨) فمثلا الاتفاق الذى يكون محله القيام بعمل من أعمال الدعارة يعتبر باطلا لأنه مخالف للنظام العام .
(١٩) ديرك : نظرية عامة للحقوق التى ترد على الشخص ص ٥٥ رقم ٧٤ .
(٢٠) ابن قدامه : المغنى والشرح الكبير . جزء سادس - طبعة أولى عام ١٣٤٧ هـ ص ٧٣ .
(٢١) راجع د . حسام الأهوانى . نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢١ ، ٢٢ .
(٢٢) مازو : دروس فى القانون المدنى - الجزء الأول رقم ٦٤٤ ص ٦٣٦ باريس ١٩٦٥ .
(٢٣) انظر المشاكل القانونية التى أثيرت بمناسبة ذلك . د . حسام الأهوانى . الأضرار الناتجة عن الإصابات الجسدية رسالة ١٩٦٨ باريس جزء ثانى ص ٧١٤ .
(٢٤) انظر مازو : دروس فى القانون المدنى . الجزء الأول ص ٦٣٦ .
(٢٥) عدم مشروعية الاتفاق على التعقيم فى القانون الفرنسى (نقض جنائى فرنسى ١٩٣٧/٧/١) .
(٢٦) راجع بيكينيوه : شرح القانون الطبى ص ٢٧٤ رقم ٢٥٢ .
(٢٧) راجع د . حسام الأهوانى . نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٣ ومابعدها .

هوامش

(٢٨) ريموندى . دراسة خاصة بنقل الأعضاء . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٩ ص ٢٩ .
(٢٩) د . حسام الأهوانى . نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٤ .
(٣٠) د . حسام الأهوانى نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٥ .
(٣١) راجع د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٤ من هذا البحث ص ٢٧ .
(٣٢) انظر د . حسام الأهوانى «المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء البشرية ترجمة واعداد الدكتور محمود مصطفى عام ١٩٨٥ .
(٣٣) انظر د . حسام الأهوانى نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٧ .
(٣٤) انظر د . حسام الأهوانى نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٨ .
(٣٥) Decocg (A) Essai diune théorie générale des droits sur la Personne, p. 95. ets. Paris 7960
(٣٦) Josserand : la Personne humaine dans Lecommerce juridigue D.H. 1932, p. 1 .
(٣٧) Jack (Andrée): Les Conventions relative à la Personne Physique .
(٣٨) راجع د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٣٨ .
(٣٩) راجع د . حمدى عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٧ ص ٣٠١ .
(٤٠) راجع د . حسام الأهوانى – المرجع السابق هامش ٢ .
(٤١) راجع د . السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ ١ ص ٥١٥ طبعة نادى القضاه عام ١٩٨٨ .
(٤٢) راجع ابن حزم : المحلى جـ ١٠ ص ٤٤٤ «الشريعة الأسلامية تقرر أن كرامة الانسان توجب عدم المساس بجسمه حيا أم ميتا . وقد أجاز فقهاء الشريعة المساس اذا كان ينطوى على تعاون على البر والتقوى لا من أجل تحقيق مصلحة انسانية ويقول تعالى «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان» .
(٤٣) Pallard (R) : L'exception de nécessité en dvoit civil, Pavis Savatier : Les proplémes juridiques: avticle precité. 1969 .
(٤٤) راجع د . حسام الأهوانى . المبادىء العامة للتأمين عام ١٩٧٥ ص ٣٧ .
(٤٥) Chavanne : Point de vue juridique, Bull. med Légale 1967 .
(٤٦) راجع د . حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ١٣٣ .
(٤٧) مشار اليه فى د . محمود مصطفى . القسم العام عام ٢٩٧٤ ص ١٨٠ بند ١١٤ .
(٤٨) د . محمود نجيب حسنى : الحق فى سلامة الجسم مجلة القانون والإقتصاد ص ٥٤٧ .
(٤٩) د . حسام الأهوانى ، المرجع السابق هامش ٤ .
(٥٠) راجع د . محمود نجيب حسنى : أسباب الإباحة فى التشريعات العربية ص ١٣١ القاهرة ١٩٦٢ .
(٥١) راجع د . محمود مصطفى : القسم العام بند ١١٤ ص ١٨٠ .
(٥٢) راجع د . حسام الأهوانى : المرجع السابق هامش ٣ .
(٥٣) Karl Engisch. cité par Doll. op. cit p. 85.
(٥٤) راجع د . عبد الحى حجازى المدخل لدراسة العلوم القانونية «الحق» عام ١٩٧٠ ص ١٩٦ .
(٥٥) راجع د . حمدى عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٤٤ ومابعدها .
(٥٦) راجع د . حمدى عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٤٧ .
(٥٧) راجع د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ٢٢ هامش ٤ .

هوامش

(٥٨) راجع د . حسام الأهواني . المرجع السابق ص ٦٣ ومابعدها .
(٥٩) د . حمدى عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٤٧ .
(٦٠) راجع Dierkens «الحقوق على جسد وجثة الانسان» باريس ١٩٦٦ ص ٦٥ ، ٦٦ .
(٦١) راجع د . حسام الأهواني : المرجع السابق ص ٢٤ هامش ٤ .
(٦٢) راجع د . حمدى عبد الرحمن . المرجع السابق ص ٤٩ .
(٦٣) راجع النشرة التشريعية عدد يونيو سنة ١٩٦٠ ص ١٧٧٠ .
(٦٤) الوقائع المصرية ١٧ أبريل سنة ١٩٦١ .
(٦٥) تقرير مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون . د . كريمة محمد عوض .
(٦٦) راجع د . حسام الأهواني . المرجع السابق هامش ٣ ص ١٣٩ .
(٦٧) نشر فى النشرة التشريعية أبريل ١٩٦١ ص ١٠٢٤ .
(٦٨) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ص ١٣٩ .
(٦٩) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ص ١٤٠ .
(٧٠) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ص ١٤١ .
(٧١) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ص ١٤٢ .
(٧٢) راجع د . حسام الأهواني المرجع السابق ص ٢٦ هامش ٣ ص ٦٤ .
(٧٣) راجع . عبد الرزاق السنهورى . الوسيط فى شرح القانون المدنى عام ١٩٦٢ .
(٧٤) راجع د . حسام الأهواني المرجع السابق ص ٦٦ .
(٧٥) المذكرة الإيضاحية لقانون ١٩٥٩ وموافقة مفتى الديار المصرية على زرع قرينة من ميت إلى حى .
(٧٦) راجع د . حمدى عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٥١ .
(٧٧) راجع د . أحمد سلامة مقدم لدراسة الحق ص ١٠٢ .
(٧٨) راجع د . حمدى عبد الرحمن . المرجع السابق ص ٥٢ .
(٧٩) راجع د . محمود مصطفى . القسم العام بند ٩٣ ص ١٥٩ ومابعدها .
(٨٠) راجع نقض جنائى الهيئة العامة للمواد الجنائية ١٩٦٣/١/١ الطعن ١٠٨٤ لسنة ٣٢ ق .
(٨١) راجع د . محمود مصطفى . المرجع السابق ص ١٩٩ هامش ٤ .
(٨٢) راجع د . رمسيس بهنام الجريمة والمجرم والجزاء عام ١٩٧٣ ص ١٢٩ .
(٨٣) راجع د . سليمان مرتضى . المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية عام ١٩٧١ ص ٢٩٢ .
(٨٤) راجع د . حمدى عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٥٣ ومابعدها .
(٨٥) راجع . د . حمدى عبد الرحمن . المرجع السابق ص٥٣ .
(٨٦) راجع د . أحمد سلامة . المرجع السابق ص ١٠٢ .
(٨٧) راجع د . حمدى عبد الرحمن . المرجع السابق هامش ١ ذات الصفحة ص ٥٤ .
(٨٨) د . حسام الأهواني . رسالته الأضرار الناتجة عن الاصابات الجسدية . بالفرنسية عام ١٩٦٨ ص ٤ .
(٨٩) Savatier (R): De sanguine jus. D 1954. P 141 .

هوامش

(٩٠) د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٤٢ هامش ٢٠٥ .

(91) Nerson L'influence de la biologie. P 676 .

(٩٢) د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى تثيرها زرع الأعضاء ص ١٣١ ومابعدها عام ١٩٧٥ .

(٩٣) د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى تثيرها زرع الأعضاء ص ١٣٠ عام ١٩٧٥ .

(٩٤) Dierkens: op. cit N. 85 et 86. P. 63 et 64 .

من يتبرع بجزء من جسمه لغير قريب يكون مصابًا بالماسوشيزم [رغبة غير عادية فى التضحية] .

(٩٥) Decoq : Thése precitée. P. 119. N. 177 .

(٩٦) د . حسام الأهوانى مقدمة القانون المدنى ص ٣٢ .

(٩٧) د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٣٤ .

(٩٨) النشرة التشريعية أبريل ١٩٦١ ص ١٠٢٤ الوقائع المصرية فى ١١ أبريل عام ١٩٦١ العدد ٢٩ .

(٩٩) راجع . د . مصطفى الجمال . التأمينات الاجتماعية عام ١٩٨٩ ص ٢٥٢ ومابعدها .

(١٠٠) Masden v. Havvison 1957 .

(١٠١) راجع د . حسام الأهوانى : فى عرض التفاصيل المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١١٨ .

(١٠٢) المادة الأولى من قانون الدانمرك ،إذا كان الشخص أقل من ٢١ سنة تشترط موافقة الولى على رضاء القاصر .

(١٠٣) Jack (A): Les convention relatives à La Personne Physique. 1955 .

(١٠٤) د . حسام الأهوانى ،المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٢٠ ومابعدها .

(١٠٥) مؤتمر بيروجيا ،منشور فى المجلة القومية مارس ١٩٧١ العدد الأول المجلد ١٤ ص ٢٧ .

(١٠٦) د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٢٢ ومابعدها .

(١٠٧) راجع د . حسام الأهوانى ،المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٢٦ .

(١٠٨) Travaux de La commission de reforme du code civil 1950. P 53 .

وراجع المجلة القومية . د/ رياض الخانى مارس ١٩٧١ ص ٢١ .

(١٠٩) المادة ١٩ فقرة ثانية من القانون المدنى الأثيوبى .

(١١٠) د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٤٤ .

(١١١) د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٤٥ .

(١١٢) Jack (Andeè): Les cmnentian relatives à La Personne Physique. Eev

(١١٣) Decocq: op. cit. P. 257 .

(١١٤) Esmein (p): Le clute des morts Melanges Dabin: T,2. P. 541. 1963 ..

(١١٥) مقال نشر فى جريدة الأهرام عددها الصادر فى ١٩٨٦/٥/٢٢ [خطف شخص لأنثى واختلاس كليتها لشخص مريض] .

(١١٦) Cass. Crim. 23. juni 1955 Montpellier .

هــوامــش

(١١٧) Nerson: L'influence de La biologie. Article Precité. P 669- 670 .

(١١٨) د . حسام الأهوانى فى عرض الرأى بالتفصيل . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٧٢ .

(١١٩) د . حسام الأهوانى فى عرض الرأى بالتفصيل . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٧٣ .

(١٢٠) Doll: op. cit. P 204., Andry: Les rofession medicales .

(١٢١) اعلان سيدنى الصادر فى أغسطس ١٩٦٨ ومنشور جزء منه فى : Doll: op. cit. P 204 cyril,

(١٢٢) Wecht and Michael Aranson: Medical Legal ramification of human tissue transplantation. De paul Review. 1969

(١٢٣) Coste - Florel: Articl Precite. P. 793 .

(١٢٤) اقترح د . زهير المصرى ضرورة انتظار فترة ٤٨ ساعة . بحث تقدم لمؤتمر الطب والقانون عام ١٩٧٩ .

(١٢٥) Jedn Py: Article- Precite P. 85 .

(١٢٦) Anrys: op. cit p 431. N. 335.

(١٢٧) راجع د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٨١ هامش ٢٦٠٨ .

(١٢٨) Doll: La discipline op. cit. p. 210 . savatiev (j): Article precitè. p. 91 . Cyril, wecht op. p. 490 .

(١٢٩) راجع د . حمدى عبد الرحمن . معصومية الجسد فكرة الحق عام ١٩٨٨ .

(١٣٠) راجع تقنين العقوبات المصرى . طبعة وزارة العدل عام ١٩٨٦ .

(١٣١) راجع : المحلى لابن حزم جزء ١١ ص ٤٠ .

(١٣٢) Esmein (p): le culte des morts Melanges Dabin. p. 541 .

(١٣٣) راجع . د . رؤوف عبيد : مطول الانسان روح لا جسد القاهرة ١٩٧١ .

(١٣٤) نقض فرنسى ٣٠ مارس ١٨٨٦ . واللوز ١٨٨٦ – ١ – ٤٥١ محكمة السين فى ٢٠ ديسمبر ١٩٣٢ .

(١٣٥) Decocq: op. cit. p. 44. N. 55 .

(١٣٦) Fisher's Estate. v. Fisher (1954) .

(١٣٧) راجع د . حسام الأهوانى فى عرض الرأى وتحليله . المشاكل التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٦٣ .

(١٣٨) Wheeler. op. cit. p. 474, cyril:

(١٣٩) د . حسن كيره . المدخل إلى القانون ص ٤٢٠ ، د . توفيق حسن فرج . نظرية الحق . ص ٢٤٤ .
د . برهام عطاالله : مقدمة علم قواعد المعاملات ص ١٧٤ .

(١٤٠) أنظر د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٦٤ .

(١٤١) Kornprobst: contrat soins medicaux p. 81. paris 1960 .

هوامش

(١٤٢) نقض فرنسى (مدنى) ٣٠ مارس سنة ١٨٨٦ - واللوز ١٨٨٦ - ١ - ٤٥١ . نقض بلجيكى ١٨٨٩/٧/٣ نشر فى Dierkens ص ١٣٣ .

(١٤٣) المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٥ الصادر فى ايطاليا عام ١٩٥٧ . وكذلك ورد فى القانون الانجليزى والمشروع المقترح فى أمريكا .

(١٤٤) راجع المشاكل العملية فى قانون المواريث والوصية للمؤلف طبعة ١٩٨٩ ص ١٣٧ .

(١٤٥) راجع د . حسام الأهوانى . المشاكل التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٨٦ .

(١٤٦) راجع الشيخ محمد أبو زهرة . الولاية على النفس القاهرة عام ١٩٦٦ ص ٥٤ ومابعدها .

(١٤٧) راجع د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٨٧ .

(١٤٨) راجع د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٨٨ .

(١٤٩) المادة الأولى من القانون البلجيكى الصادر فى ١٩٦٩/١/١٦ .

(١٥٠) Doll : Le dvoit de disposer des cadavve Article precité . p . 75

(١٥١) فى الإشارة إلى هذا الرأى : Doll : op . cit . p . 75

(١٥٢) Doll : op. cit . 75 .

(١٥٣) نظرية امتيازات الأقارب . منشور فى د . حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ١٩٤ .

(١٥٤) : راجع د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٢٠١ ويرى من المنتقد ما أخذ به القانون فى لوكسمبرج من استلزم على موافقة الأقارب بحسب ترتيبهم فى استحقاق التركة وذلك حتى الدرجة الثانية .

(١٥٥) Savatiev (j) : Avticle precité . p . 94 .

(١٥٦) Doll : Le dvoit de dis poser du cadavère. Rev . Se 1971 . p . 68

(١٥٧) Jean py : op ; cit . 1968 . p .84

(١٥٨) المادة الخامسة من قرار رئيس الجمهورية الإيطالية رقم ٣٠٠ الصادر فى ١٩٦١/١/٢٠ .

(١٥٩) راجع د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ٣٠٣ ومابعدها .

(١٦٠) الشيخ محمد أبو زهرة : الولاية على النفس ص ٦٢ معهد الدراسات العربية ١٩٦٦ .

(١٦١) د . محمد الحسينى حنفى . الأحوال الشخصية ص ٢٤٩ القاهرة ١٩٦٦ .

(١٦٢) د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٢٠٥ .

(١٦٣) القانون الأمريكى الصادر فى ولاية الينوى . [منشور فى حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٥٦ .

(١٦٤) Le clére : les autopaies et lerespect des dvoits de la pevsomme.

(١٦٥) د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عادم ١٩٧٥ ص ١٩٧ .

(١٦٦) Savatiev : (j.) Avrticle pvecite .

(١٦٧) Le cléve: Avticle pvecité p . 172 .

هوامش

(١٦٨) القانون الأمريكى : Anatom ical gifts Act .
يقرر إذا كانت الموافقة تليفونية يجب أن تكون مسجلة أو تلغرافية .
(١٦٩) Savatiev (j.) Article pvecite . D. 1963 . p . 94 .
(١٧٠) Savatiev (j.) : Article pvecite D . 1963 . p . 93 .
(١٧١) Trib . adm. de. Bovdeaux 15 . nov. 1963. j . C . p 1963 .
(١٧٢) Trib . adm . de Bovaeaux 15 . nov . 1963 .
(١٧٣) Trib. adm . de pavis 11 janv . 1962 . G . p 1962 .
(١٧٤) Luce: Avticle pvecité . j . c . p 1964 . Doct 1827 .
(١٧٥) Doll: op . cit . p . 303 .
(١٧٦) Doll : le dvoit de disposev du cadavreà fes Fin . 1971. p . 71 .
(١٧٧) Le tribunal administvatif de pavis 11 janv . 1962 . G . p . 305 .
(١٧٨) Luce : (E .P .) : Levegime juvuduqne des aut opaies et des prelevement (Post movetem) jc . p .: 1964 . Doct. 1827 .
(١٧٩) يستثنى الفرنسيين هؤلاء تكريما لهم Trib . corr . domfront déc . 1945
(١٨٠) المادة الثانية من القانون ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم السجون المعدل بقانون ١١٩ لسنة ١٩٧٤ .
(١٨١) Doll : op . cit . p 182 : le cléve : Avticle precite . p . 170 .
(١٨٢) Doll : op ; cit . p 75 .
(١٨٣) د . حسام الأهوانى . المشاكل التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٢٢٢ .
(١٨٤) د . حسام الأهوانى . المشاكل التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٢٢٣ .
(١٨٥) سورة فاطر الآية ١١ .
(١٨٦) سورة النحل الآية ٨ .
(١٨٧) سورة الإسراء الآية ٣٣ .
(١٨٨) راجع د . عبد الرحيم السكرى . نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور اسلامى .
(١٨٩) انظر . الحاج لأحكام القرآن مجلده ص ٣٠٩ .
(١٩٠) تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ ٣ ص ٥١ .
(١٩١) روح المعانى للالوس جـ ١٥ ص ١١٧ - ١١٨ .
(١٩٢) راجع د . عبد السلام السكرى . نقل وزراعة الأعضاء البشرية . منظور اسلامى ص ٢٠ ، ٢١ .
(١٩٣) راجع د . عبد السلام السكرى . نقل وزراعة الأعضاء البشرية . منظور اسلامى ص ٢٣ ، ٢٤ .
(١٩٤) سورة الانفطار : آية ٦ ، ٧ ، ٨ .
(١٩٥) سورة التين : ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ .
(١٩٦) سورة الملك : ٢٣ .
(١٩٧) سورة الأسراء : ٨٥ .
(١٩٨) فى ظلال القرآن ص ٢٨١٠ جـ ٢١ .
(١٩٩) فى ظلال القرآن ص ٢٨١١ جـ ٢١ .
(٢٠٠) فتح البيان فى مقاصد القرآن . جـ ١٠ ص ٢٦٢ .

هوامش

(٢٠١) فتح البيان فى مقاصد القرآن . جـ ١٠ ص ٢٦٣ .
(٢٠٢) سورة ابراهيم آية ٣٤ والنحل : ١٨ .
(٢٠٣) د . السكرى . زراعة ونقل الأعضاء الآدمية . منظور اسلامى عام ١٩٨٨ ص ٢٣ .
(٢٠٤) سورة الأعراف : آية ١٤٢ .
(٢٠٥) الجامع لأحكام القرآن مجلد ٥ ص ٢٢٥ .
(٢٠٦) سورة البقرة : آية ٣٠ .
(٢٠٧) فتح البيان فى مقاصد القرآن جـ ١ ص ١٠٣ .
(٢٠٨) د . السكرى . المرجع السابق ص ٢٣ .
(٢٠٩) سورة التحريم آية ٦ .
(٢١٠) سورة الأنبياء : آية ٢٦ ، ٢٧ .
(٢١١) فتح البيان فى مقاصد القرآن جـ ١ ص ١٠٥ .
(٢١٢) سورة هود : آية ٦١ .
(٢١٣) سورة الأعراف : آية ٦٢ .
(٢١٤) سورة الواقعة : آية ٦٣ ، ٦٥ .
(٢١٥) سورة الواقعة : آية ٧١ ، ٧٢ .
(٢١٦) فى ظلال القرآن جـ ١ ص ٥٦ . المرحوم الأستاذ/ سيد قطب .
(٢١٧) سورة ص: آية ٢٦ .
(٢١٨) فتح البيان فى مقاصد القرآن . لصديق خان جـ ٨ ص ١٩٤ .
(٢١٩) سورة البقرة : آية ٣٣ .
(٢٢٠) آل عمران : آية ١٩ .
(٢٢١) الجامع لأحكام القرآن . القرطبى جـ ١ ص ٢٣٩ . فتح البيان جـ ١ ص ١٠٦ .
(٢٢٢) مقاصد القرآن جـ ١ ص ١٠٦ .
(٢٢٣) د . عبد الرحيم السكرى . نقل وزراعة الأعضاء عام ١٩٨٨ منظور اسلامى ص ٢٨ .
(٢٢٤) فتح البيان فى مقاصد القرآن جـ ١ ص ١٠٦ ، ١٠٧ ، سورة البقرة : آية ٣٢ .
(٢٢٥) سورة المجادلة : آية ١١ .
(٢٢٦) راجع د . السكرى . المرجع السابق ص ٣٢ .
(٢٢٧) راجع د . السكرى . المرجع السابق ص ٣٣ .
(٢٢٨) سورة يوسف : آية ٤ .
(٢٢٩) د . السكرى . المرجع السابق ص ٣٣ .
(٢٣٠) سورة البقرة : آية ٣٤ .
(٢٣١) سورة الأعراف : آية ١١ ، ١٢ .
(٢٣٢) سورة الكهف : آية ٥٠ .
(٢٣٣ ، ٢٣٤) سورة ص : ٧١ ، ٧٦ .
(٢٣٥) روح المعانى جـ ١٥ ص ٢٩٣ .
(٢٣٦) فتح البيان فى مقاصد القرآن جـ ١ ص ١٠٨ .

هوامش

(٢٣٧) سورة البقرة : آية ١٦٨ .
(٢٣٨) روح المعاني للألوس ص ٣٨ . جـ ٢ .
(٢٣٩) المرجع السابق ص ٣٩ جـ ٢ .
(٢٤٠) راجع د . السكرى . زرع ونقل الأعضاء الآدمية من منظور اسلامى عام ١٩٨٨ ص ٣٨ .
(٢٤١) روح المعانى للالوس جـ ٢ ص ٣٨ .
(٢٤٢) تفسير ابن كثير . تفسير القرآن العظيم جـ ١ ص ٢٠٣ .
(٢٤٣) تفسير البيضاوى ص ٣٤ .
(٢٤٤) سورة النساء : آية ٩٢ .
(٢٤٥) سورة المائدة : آية ٨٩ .
(٢٤٦) سورة المجادلة : آية ٣ .
(٢٤٧) صحيح البخارى بشرح فتح البارى جـ ٤ ص ٤١٧ .
(٢٤٨) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٤ ص ٤١٨ .
(٢٤٩) سنن أبى داود جـ ١ ص ١٦٢ .
(٢٥٠) البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٠٦ .
(٢٥١) السيل الجرار للشوكانى جـ ٣ ص ٣١ .
(٢٥٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ١٤٨ .
(٢٥٣) المبسوط لشمس الدين السرخسى جـ ٣ ص ٣ .
(٢٥٤) راجع نظرية العقد د . محمد يوسف موسى ص ٣١٧ ، د . السكرى . نقل وزراعة من منظور إسلامى عام ١٩٨٨ ص ٧٢ ، ٧٤ .
(٢٥٥) سورة المائدة آية ٤٥ .
(٢٥٦) سورة البقرة آية ١٧٨ .
(٢٥٧) الجامع لأحكام القرآن مجلد ١ ص ٤ ، ٦ .
(٢٥٨) فتح البارى جـ ١٢ ص ٢٠٤ .
(٢٥٩) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٨ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .
(٢٦٠) راجع د . السكرى . المرجع السابق ص ٧٧ ، ٧٨ .
(٢٦١) فتح القدير جـ ٦ ص ٤٢٤ .
(٢٦٢) راجع : لسان العرب لابن منظور مادتى : كتب ودبر .
(٢٦٣) مقال مفتى الجمهورية فى صحيفة الأخبار اليومية العدد الصادر فى ١٩٨٩/٢/٩ .
د . محمد سيد طنطاوى ، وكذلك فى صحيفة الأهرام الصادر فى ١٩٨٩/٢/٩ .
(٢٦٤) راجع د . السكرى . نقل وزراعة الأعضاء من منظور اسلامى ص ٩٤ عام ١٩٨٨
(٢٦٥) راجع . فتوى د . محمد سيد طنطاوى ، صحيفة الأخبار الصادرة فى ١٩٨٩/٢/٩ .
(٢٦٦) راجع . فتوى د . محمد سيد طنطاوى . صحيفة الأخبار الصادرة فى ١٩٨٩/٢/٩ .
(٢٦٧) قوانين الأحكام الشرعية ص ١٩٤ . كشاف القناع جـ ٦ ص ١٩٨ . المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٦٠١ .
(٢٦٨) سورة البقرة : آية ١٩٥ .

هوامش

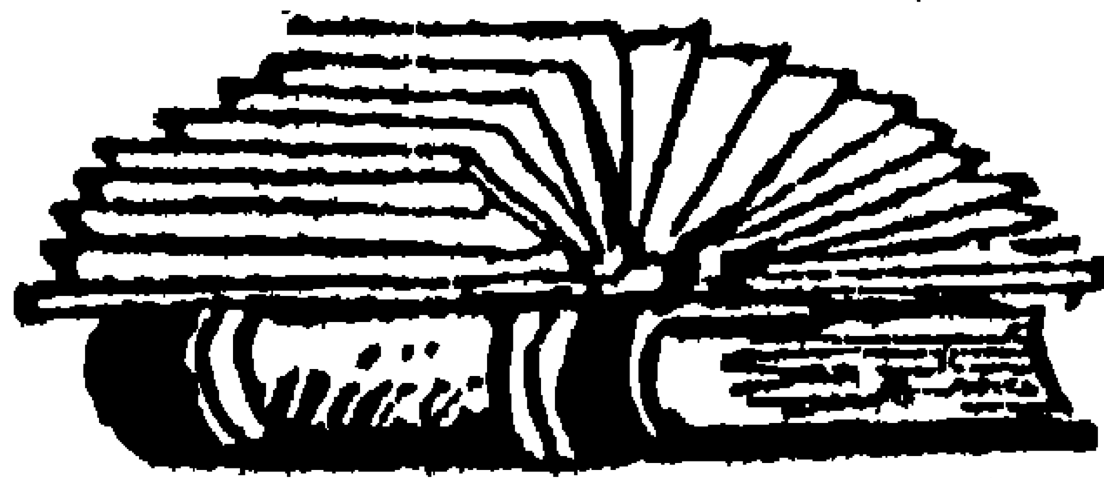
(٢٦٩) سورة النساء : آية ٢٩ .
(٢٧٠) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٦٣ .
(٢٧١) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٩٧ .
(٢٧٢) سورة النحل : آية ١١٥ .
(٢٧٣) حاشية الجمل جـ ٥ ص ٢٧٩ .
(٢٧٤) المحلى لابن حزم الظاهرى جـ ٨ ص ١٣٤ .
(٢٧٥) راجع المرجع السابق ص ١٣٥ .
(٢٧٦) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٠٧ ، ٣١٠ .
(٢٧٧) حاشيه ابن عابدين جـ ٦ ص ٣٣٨ .
(٢٧٨) سورة يونس : آية ٢٤ .
(٢٧٩) فتوى د . محمد سيد طنطاوى مفتى الجمهورية منشور فى جريدة الأخبار الصادر فى ١٩٩٠/٢/٩ .
(٢٨٠) سورة البقرة : آية ١٩٥ .
(٢٨١) سورة النساء : آية ٣٠ .
(٢٨٢) سورة النساء : آية ٣٠ .
(٢٨٣) سورة ص : آية ١٧٥ .
(٢٨٤) اجتووا المدينة أى استوخموها .
(٢٨٥) المشاقعى : جمع مشقعى وهو السهم العريض النصل .
(٢٨٦) البراجم : مفاصل الإصبع .
(٢٨٧) شخبت يداه : انفجرت بالدماء .
(٢٨٨) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ١٩٨ – ١٩٩ .
(٢٨٩) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٠٣ .
(٢٩٠) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ١١ ص ٥٨٦ .
(٢٩١) صحيح البخارى جـ ٣ ص ٣٨ .
(٢٩٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٥٢٨ .
(٢٩٣) صحيفة اللواء الاسلامى ١٩٨٦/٣/٢٠ . فضيلة الشيخ جاد الحق .
(٢٩٤) صحيفة اللواء الاسلامى ١٩٨٦/٣/٢٠ «بيان للامام الأكبر الشيخ جاد الحق» .
(٢٩٥) قضايا معاصرة – فى الفقه الاسلامى ومرونته . نفس المؤلف ، مجلة روز اليوسف .
(٢٩٦) نفس المصدر السابق .
(٢٩٧) راجع د . أحمد عمر هاشم . اللواء الإسلامى ١٩٨٧/٢/١٩ ص ١ – ٥ . ١ .
(٢٩٨) راجع د . عبد الرحمن النجار . باب اسألوا أهل الذكر . المساء فى ١٩٨٧/١/٣ .
(٢٩٩) راجع د . محمد سيد طنطاوى مفتى الجمهورية . صحيفة الأهرام ١٩٨٧/٧/١٣ .
(٣٠٠) راجع د . حمدى عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٧٩ ص ٤٨ – ٥٠ .
(٣٠١) أنظر سورة الإسراء : آية ٨٥ .
(٣٠٢) صحيح البخارى جـ ٣ ص ٣٨ .
(٣٠٣) تيسير أصول الفقه . د/ بدر عبد الباسط جـ ٢ ص ٣٠٩ .

هوامش

(٣٠٤) د . السكرى : زرع الأعضاء من منظور إسلامى ص ١٥٠ .
(٣٠٥) د . السكرى : ذات المربع ص ١٥٠ .
(٣٠٦) مقال فضيلة د . محمد سيد طنطاوى . صحيفة الاهرام العدد الصادر فى ١٩٨٩/٢/٩ .
(٣٠٧) سورة البقرة : آية ١٧٣ .
(٣٠٨) سورة النحل : آية ١١٥ .
(٣٠٩) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٥ .
(٣١٠) د . السكرى . زرع الأعضاء من منظور إسلامى عام ١٩٨٨ ص ١٨٠ وما بعدها .
(٣١١) يقصد بالحجامة : المص : أى مص الدم من موضع إنسان أو غيره بواسطه آله يجمع فيها دم الحجامة عند المص .
(٣١٢) فائدة الحجامة كثيرة : منها علاج أمراض الدورة الدموية . ضغط الدم - التهاب عضلة القلب . تخفيف آلام الذبحة الصدرية . [راجع الطب من الكتاب والسنه . د . عبد المعطى قلعجى ص ٤١ . دار المعرفه بيروت .
(٣١٣) سورة المائدة : آية ٣ .
(٣١٤) سورة البقرة الآية :١٧٣ .
(٣١٥) صحيح البخارى بشرح فتح البارى جـ ١٠ ص ٣١٤ .
(٣١٦) جريدة الجمهورية المصرية العدد الصادر فى ١٩٨٩/١٠/٢٢ .
(٣١٧) المجموع للنووى جـ ٩ ص ٢٠٤ .
(٣١٨) راجع د/ السكرى . زرع الأعضاء من منظور اسلامى عام ١٩٨٨ ص ١٩٨ .
(٣١٩) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١١٧ ، ١١٩ .
(٣٢٠) حاشيه ابن عابدين جـ ٥ ص ٧١ .
(٣٢١) راجع دار السكرى - المرجع السابق ص ٢٠١ .
(٣٢٢) المغنى لابن قدامه جـ ٤ ص ٢٨٨ .
(٣٢٣) د . السكرى . زرع الأعضاء من منظور اسلامي عام ١٩٨٨ ص ١٩٣ .
(٣٢٤) حاشيه ابن عابدين جـ ٥ ص ٧١ .
(٣٢٥) قوانين الاحكام الشرعية ص ٤٨٢ .
(٣٢٦) شرح النووى على صحيح مسلم جـ ١٤ ص ١٠٣ .
(٣٢٧) صحيح البخارى بشرح فتح البارى جـ ١٠ ص ٣٧٤ .
(٣٢٨) سبل السلام جـ ٣ ص ١٤٤ .
(٣٢٩) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٣٤١ .
(٣٣٠) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٤ ص ١٠٨ .
(٣٣١) المرجع السابق ص ١٠٩ .
(٣٣٢) البحر الزخار جـ ١ ص ٤٩ .
(٣٣٣) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٥ ص ٨٢ .
(٣٣٤) الكنز للزيلعى جـ ٤ ص ٥١، فتح القدير جـ ٦ ص ٤٢٦ .
(٣٣٥) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٣٤٢ .
(٣٣٦) الكنز الزيلعى : جـ ٥ ص ١٩١ .

هوامش

(٣٣٧) الفتاوى الهندية : جـ ٥ ص ٣٥٤ .
(٣٣٨) كشاف القناع : جـ ٢ ص ١٤٦ .
(٣٣٩) الأحكام للامام الشافعى جـ ١ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ .
(٣٤٠) شرح الأزهار جـ ١ ص ٤٤٤ .
(٣٤١) د . السكرى . زرع الأعضاء من منظور إسلامى عام ١٩٨٨ ص ٢٢١ .
(٣٤٢) راجع د/ السكرى . زرع الأعضاء من منظور إسلامى عام ١٩٨٨ ص ٢٢٣ .
ويرى أن المثله وردت بمعانى متعددة فى أكثر من موضع فى القرآن والسنة : نهى بمعنى العبرة لقوله تعالى «فجعلناهم سلفا ومثلا للآخرين» وتون بمعنى القيام والانتصاب كما ورد فى الحديث «من سره أن يمثل له ألناس قياما فليتبوء مقعده من النار» وقد تكون بمعنى الزوال عن الموضع لقوله تعالى «وقد ضلت من قبلهم المثلات» .
(٣٤٣) سورة المائدة آية : ٣١ .
(٣٤٤) روح المعانى للألوس جـ ٦ ص ١١٥ - ١١٦ .
(٣٤٥) سورة عبسى : آية ٢١ .
(٣٤٦) الجامع لأحكام القرآن مجلد ٣ ص ٧٠١٠ .
(٣٤٧) كشاف القناع جـ ٢ . ص ١٠٤ .
(٣٤٨) ابن حزم المحلى : جـ ٧ ص ٤٢٧ ، ص ٣٩٩ .
(٣٤٩) د/ حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى يثرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٥٥ .
(٣٥٠) د . حسام الأهوانى : ذات المرجع ص ١٥٦ .
(٣٥١) فتوى رقم ١٨٨ من مفتى الديار المصرية بتاريخ ٥ فبراير عام ١٩٧٤ - وفتوى مفتى جمهورية مصر العربية المنشور فى جريمة الأهرام المصرية بتاريخ التاسع من فبراير عام ١٩٩٠ .
(٣٥٢) الحديثين منشورين فى مقال مفتى جمهورية مصر العربية . صحيفة الأهرام بتاريخ ١٩٨٩/٢/٩ .
(٣٥٣) مقال جريدة الأهرام المصرية . د/عاطف المغربى عدد صادر فى ١٩٨٩/٢/١٠ «بنوك العيون فى مشكلة الانتظار» .
(٣٥٤) ذات المقال السابق . د . محمد ابراهيم مدير بنك العيون الدولى ١٩٨٩/٢/١٠ .



في رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعى مجلس النقابة زملاء أعزاء انتقلوا الى رحمة الله تعالى .. افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً . ويتضرع المجلس الى العلي القدير أن يتغمدهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وذويهم وزملاءهم الصبر والسلوان .

الأستاذ / صلاح عبد الحليم الشافعى	المحامى
الأستاذ / يحيى عبده الهلالى	المحامى
الأستاذ / يوسف ابراهيم زكى كاشف	المحامى
الأستاذ / عبد القادر ابراهيم العايدى	المحامى
الأستاذ / صلاح مغيث	المحامى
الأستاذ / محمود سويلم	المحامى
الأستاذ / حسن أحمد بغدادى	المحامى

تنـــويـه

نشر بالعددين السابع والثامن سبتمبر واكتوبر ١٩٨٩ من صفحة ٧٧ إلى ٨٤ بحث بعنوان مشروعية استخدام العقاقير المخدرة فى الاستجواب وقد سقط سهوا اسم الاستاذ الباحث لهذا المقال ونود أن ننوه أن هذا البحث يخص الأستاذ عاطف عوض برسوم - الباحث القانونى بمصلحة الشهر العقارى لذا لزم التنويه .

فهرس العـدد

الصفحة

رقم الايداع ٢٦١٠

دار الطباعة الحديثة

أول شارع الجيش - القاهرة

تليفون ٩٠٨٣١٨

مقالات
في
كلمات

يولد بعض الناس عظماء ، وينتحل آخرون العظمة ، بينما تساق اغتصاباً لفريق ثالث .

شكسبير

★ ★ ★

الحرية شيء ينتزعه الرجل لنفسه انتزاعاً ، لأنها لن تكون يوماً شيئاً نستجديه .

جان جاك روسو

★ ★ ★

العدل جنة المظلوم وجحيم الظالم .

أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

★ ★ ★

أنت صديقى .. ولكن الحق أولى منك بالصداقة .

أرسطو

★ ★ ★

ماذا يجديك أن تملك الدنيا إذا فقدت ضميرك .

حكيم

★ ★ ★

كل شريعة تؤسس على فساد الأخلاق هى شريعة باطلة .

الزعيم خالد الذكر سعد زغلول

★ ★ ★

إذا انفرد حاكم بالسلطة كان حكمه ديكتاتورياً استبدادياً مهما كانت مكانته الشعبية ، ولو كان وصوله إلى الحكم نتيجة انتخاب شعبى ومباشر .

المغفور له الأستاذ الجليل النقيب
مصطفى البرادعى

★ ★ ★

حياتى هى رسالتى .

المهاتما غاندى

قالوا عن المحاماة

لا يكفي أن يكون المحامي دارساً للقانون ، بل لابد أن يكون على خلق عظيم ، لذلك فإن الاشتغال بالمحاماة لابد أن يكون محرَّماً على من تنحى عن الدفاع عن الوطن ، أو تنصَّل من القيام بأية خدمة وطنية ، أو عرف بفساد الخلق ، أو علقت به ريبة أو شبهة .

الأستاذ الجليل المغفور له

حسن الجداوي المحامي

دار الطباعة الحديثة
ت : ٩٠٨٣١٨



Bibliotheca Alexandrina
0542532